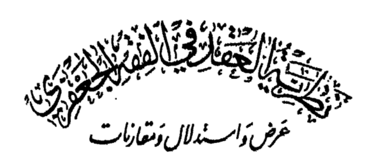
نظرية العقد في الفقه الجعفري

عرض واستدلال ومقارنات

تأليف

هاشم معروف الحسني

منشورات مكتبة هاشم



عرض واستدلال ومقارنات

تأليف

هاشم معروف الحسيني

نظرية العقد في الفقه الجعفري

يعرض هذا الكتاب آراء الجعفريين وغيرهم من مدنيين وشرعيين في بعض المباحث التي تتصل بالعقود وترتبط بها ويبحث عن المبادىء العامـة للعقود وعن عقد البيع وأركانه وشروطه وموارد انحلاله وانواع الخيارات والشروط ومـا يتبـع ذلك من المباحث التي تتصل بهذه المواضيـع ويقارن في اكثر محتوياته بين آراء الجعفريين وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين متحريا التوضيـح والإختصار ومعتمدا على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين، وعلى جميع الأنبياء والمرسلين
ان من يستعرض تاريخ الامم والشعوب على اختلافها يجدان لكل امة مهما بلغت من الانحطاط والتقهقر أنظمة تختص بها في شؤنها وجميع تصرفاتهـا ، وقوانين تعتمد عليها في حل مشاكلها ، ومكافحة الطغيان والفساد ، فالعرب الذين نزل القرآن بلغتهم ، وأصبحوا حملة لواء الاسلام ، ومن خيرة دعاته وناشريه ، كانوا امة امية في الغالب ليس لها ما يجيرانها الفرس والروم من علوم وفلسفات وصناعة وغير ذلك مما كان يملكه اولئك الجيران من الوسائل التي تسهـل عليهم طرق العيش والهدوء والاستقرار ، والمجتمع العربي مع أنه لم يكن في صف جيرانه الفرس والروم من الناحيتين العلمية والاقتصادية ، الا انه لم يشذ عن هذا الاصل الذي لا يمكن بقاء الشخص والنوع والمجتمع بدونه ، فالتاريخ يحدثنا ان للعرب في جاهليتهم بعض القوانين والعادات يحكمونها في معاملاتهم وجميع شؤونهم ، ويعالجون فيها مشاكلهم ، قوانين لم تصدر عن سلطة تشريعية كما هو الحال في القوانين التي جاءت بها الشرائع والأديان، والقوانين الرومانية وغيرها من القوانين المستحدثة ، ولكنها كانت في بدايتها اشبه بالاعراف والتقاليد استفادوا اكثرها من البلاد التي كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها لمصالح كانت تربطهم بها ،

ومن هذه البلاد، الشام ونواحيها حيث يطبق فيها القانون الروماني ، والعراق ، وما يتبعه حيث كان يسوده القانون الفارسي ، بالاضافة الى يهود المدينة الذين أخذوا عن التوراة اكثر ما يحتاجون اليه من التشريعات والقوانين .

لقد استفاد العرب في جاهليتهم من التجارب ومن جيرانهم الفرس والرومان في مختلف النواحي التي تعنيهم في معاملاتهم وغيرها ، والتي عالجها الاسلام ووضع لها الأصول والقواعد فيما بعد بما جاء به من فقه وتشريعات ، فتبلورت تلك العادات والاعراف في اذهانهم واختمرت حتى أصبحت اشبه بالقوانين الصادرة عن سلطة تشريعية يقدسونها وينزلون على حكمها في خصوماتهم وعقودهم وجميع معاملاتهم .

وحينما جاء الاسلام بعباداته وتشريعاته لم يغير جميع انظمتهم وعاداتهم ، ذلك لأن الأديان لم تأت لغرض الانتقام ، ولا لقلب الاوضاع والعادات والاعراف ، وانما تجيء لتطهير النفوس واعداد الانسان اعداداً يجعله صالحاً للاسهام في بناء مجتمع تسوده العدالة ويسيطر فيه الحق على الباطل والهدى على الضلال والخير على الشر .

اجل لقد جاء الاسلام فواجه العرب قبل جميع الناس بعباداته وتعاليمه وتشريعه فاقرهم على بعض ما شاع بينهم في معاملاتهم وعقودهم ، وعارضهم في بعض المعاملات ، كالربا والنجش ، وبيع الحصى والمنابذة والملامسة ونحو ذلك مما يؤدي الى الضرر والمنازعات ولا يتصل بصالح البشر ولا بضرورات حياتهم .

وادخل بعض التعديلات على اكثر المعاملات كما يظهر للمتتبع بعد المقارنة بين عقودهم ومعاملاتهم وسائر انظمتهم ، وبين العقود التي اقرها الاسلام بعد ادخال تلك التعديلات عليها بما يضمن لهم مصالحهم ويصون حقوقهم ويهيئهم لبناء مجتمع سليم ، وامة صالحة للحياة الكريمة الجيدة .

لقد جاء الاسلام بمبادئه وانظمته والناس في امس الحاجة اليه فشرع لهم العبادات ، وبنى احكام الاسرة على اسس متينة تحفظ لهم انسابهم وتحد من سيطرة الشهوات ومن فوضى الزواج الذي شاع بينهم بأشكاله المختلفة ، ووضع لهم الاصول والقواعد للميراث والوصية والطلاق وغير ذلك من المواضيع الفقهية، مما نسميه اليوم بالاحوال الشخصية ، كما نظر الى صفوف المعاملات والعقود التي اعتادوا على التعامل فيها كالبيع ، والاجارة ، والصلح ، والرهن ، والشركة ، والمضاربة وغير ذلك من أنواع العقود التي كانوا يتعاطونها ، والى العقوبات واحكام الجنايات ، والقضاء والى كل ما شاع بينهم ، كل ذلك قد نظر اليه الاسلام ووضع له الاصول والقواعد التي تضمن له البقاء والدوام ، ولم ينتقل الرسول الى الرفيق الاعلى حتى استكمل الفقه اهم اصوله التي قام عليها ، ولم يبق على العلماء والفقهاء من بعده الا الرجوع الى ما تم في حياته ، واستلهام ما أوحى الله سبحانه وتعالى اليه من كتاب وسنة ، ثم التفريع والتطبيق حسبما تدعو اليه الحاجة في كل زمان ومكان .

وهنا يجدر بنا ان نشير الى ان ما نزل من القرآن الكريم بمكة لم يشتمل الا على بضع آيات في التشريع ، اذ كانت الدعوة الى الله وتوحيده ، ونبذ ما كان عليه الناس من عبادة الأصنام، واقامة البراهين على الدار الآخرة، من المقاصد الأولى التي يتركز عليها الاسلام ، اما التشريع الفقهي والانظمة التي لا بد منها لتنظيم حياتهم وتحديد علاقة بعضهم ببعض فقد دعت الحاجة اليها بعد ان استقر الرسول في المدينة ، واتجه لتنظيم حياة المسلمين ومعاملاتهم ، وبناء دولة تشرف على تنفيذ تلك المبادىء والتشريعات فكانت المدينة موطن التشريع العام ، وبها انزل الله في كتابه اكثر آيات الاحكام على التدريج حسبما تدعو اليه الحاجة ، وبعد التتبع والاستقصاء نجد من آياته ما كان ينزل اجابة عن اسئلة كان بعض المسلمين يوجهها الى الرسول (ص) عندما يحسون الحاجة لذلك ، ومنها ما كان ينزل ابتداء وبلا سؤال من احد، وعلامة ذلك الآيات المصدرة بكلمة يسألونك، او يستفتونك

تلك الآيات التي تبلغ نحو من خمس عشرة آية .

ومهما كان الحال فقد استمد المسلمون فقههم من كتاب الله وسنة نبيه في المرحلة الأولى من مراحل التشريع ومعلوم ان القرآن حتى في المواضيع التي تعرض لأحكامها لم يتعرض لها إلا بصورة إجمالية ، وترك للرسول تفصيل هذا الاجمال ، وتحديد القواعد والاصول التي وضعها في مختلف العناوين ، فكان يقوم بدور الشارح المبين لما اجمله القرآن ، بالاضافة الى كثير من أحكام الحوادث التي تلقي أحكامها عن طريق الوحي مباشرة ، واصبحت بذلك اقوال الرسول وأفعاله متممة للتشريع ، ومرجعا للمسلمين في أمور دينهم بعد كتاب الله الكريم .

ومن الثابت عند جميع المسلمين ان علياً «ع» كان من أحرص الناس على حفظ ذلك التراث الضخم ، ومن اكثر المسلمين وعياً لانظمته وقواعده ، وضبطا لاصوله ومبادئه ، وتؤكد النصوص التاريخية ان هذه الظاهرة فيه كانت بارزة في عصر الرسول «ص» وان النبي «ص» قد اثنى عليه ابلغ الثناء وسماه باب مدينة العلم ، وعلمه الف باب من العلم ، وفتح له في كل باب الف باب .

وكما كان في زمن الرسول «ص» كان في عهد الصحابة المرجع الاول في الافتاء والقضاء ، ومن علمه استفاد اكثر الصحابة والتابعين ، ومن مدرسته تخرج عشرات الفقهاء والمحدثين ، وترك في الكوفة خلال اقامته فيها علماً كثيراً قد انتشر بين فقهائها وسكانها شطراً طويلاً من الزمن ، ولولا ان الامويين الذين تعاقبوا الحكم من بعده قد بذلوا اقصى ما لديهم من جهد وسخروا قسماً كبيراً من امكانياتهم للقضاء على اثاره ، وتوجيه الأنظار الى سواه ، بالقتل والحبس وتشريد اتباعه وشيعته ، واباحة الاغراض والاموال ، لولا هذا الموقف العدائي من علي وشيعته ، ومن رواة اثاره وحملة علمه لكان الفقه الاسلامي في جميع العصور يستمد اصالته وقوته من تلك الأثار التي خلفها علي «ع» وآله الائمة الهداة «ع» ولما حدثت تلك الفجوة العميقة بسبب تعدد المذاهب واختلاف الآراء في اصول

الاسلام وفروعه «١» .

لقد استطاع الحكام ان يصرفوا الجماهير عن فقه علي وآثاره بالمال والسلاح ، وان يضعوا الحواجز والسدود بين الجماهير وبين آثار أهل البيت من جماجم الأبرياء والصلحاء ، وان يرفعوا فريقاً من العلماء على رؤوس الناس ، ويفرضوا عليهم آرائهم بحد السيوف ، لقد استطاعوا ان يضعوا كل شيء ، ولكنهم لم يستطيعوا بكل ما لديهم من قوة القضاء على تلك الثروة الواسعةالتيورثها علي(ع) عن رسول الله (ص) والتي انتقلت بكاملها الى اولاده واحفاده من بعده ، وبواسطتهم قد انتشرت بين الملايين من المسلمين بعد ان تعرضت الدولة الجائرة العاتية للانهيار وتم للامامين العظيمين الباقر والصادق (ع) تاسيس مدرستها التي تخرج منها آلاف العلماء والفقهاء والمحدثين من مختلف العواصم والبلاد ومن اجل ذلك نسب فقه اهل البيت الى الامام جعفر الصادق (ع) ، في حين انه ليس لهذا الامام العظيم فقه يختص به ولا علم ورثه عن آبائه دون سواه ويتأكد ذلك عندما نرجع الى آرائه حول هذا الموضوع ، فقد روى جماعة من الثقات عنه انه قال : حديثي حديث ابي، وحديث أبيحديثجدي ، وحديث جدي حديثرسولالله ، وحديث رسول الله هو قول الله . وورد عنه انه قال : انا اذا حدثنا لا نحدث الا بحكم الله ، ولا نقول الا ما يوافق كتاب الله ، فاذا وجدتم حديثنا فاعرضوه على القرآن ، فاذا خالفه فاطرحوه .

ومن ذلك تبينان الفقه الشيعي المنسوبالى الامام جعفر الصادق «ع» هو فقه الرسول وعلي والائمة من ولده ، وانه انما نسب اليه ، لانه انتشر من مدرسته بعد الركود الذي خيم عليه طوال حكم الامويين ، واستطاع الامام الصادق «ع» في ربع قرن من الزمن ان يملأ البلاد والعواصم الاسلامية بتلاميذه الذين حملوا

---

(١) انظر كتابنا المباديء العامة للفقه الجعفري في الفصول التي وضعناها لمعالجة هذا الموضوع .

فقهه وحديثه الى الناس . وقد جاء عن ابان بن تغلب أحد تلاميذه وتلاميذ أبيه الباقر «ع» : أنه روى عن الباقر ثمانية عشر الف حديثاً ، وروى عن الامام الصادق ثلاثين الف حديثاً ، كما روى عنه محمد بن مسلم ، وزرارة بن أعين ، وأبو بصير ، وجابر الجعفي ، وغيرهم آلاف الأحاديث في الفقه وأصول الاسلام والاخلاق وغير ذلك من المواضيع الاسلامية التي كانت تعالجها مدرسته ، وقد بحثنا هذه المواضيع بحثاً مفصلاً في كتابنا : المبادىء العامة للفقه الجعفري وأثبتنا بالأرقام ان فقه أهل البيت كان أكثر انتشاراً وشيوعاً في تلك الفترة من فقه غيرهم ، بالرغم من أن الحكام العباسيين كان موقفهم من الشيعة وأئمتهم أسوأ من موقف أسلافهم الأمويين ، فلقد حاولوا بشتى الوسائل القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها جعفر بن محمد «ع» عن آبائه عن الرسول «ص»، وتوجيه الجماهير الى غيره من فقهاء ذلك العصر ، وبخاصة الامام مالك ، الذي أصبح في الشطر الاخير من حياته من أقرب الناس اليهم ، ولولاهم لم ينتشر فقهه بتلك السرعة في أنحاء البلاد . ولكن العباسيين لم يفلحوا في القضاء على تلك الثروة التي تستمد قوتها وأصالتها من كتاب الله وسنة نبيه الكريم ، والتي اتسعت لجميع أبواب الفقه وفصوله ، ومختلف العلوم الاسلامية .

لقد استدل الائمة بالآيات الكريمة في تشريعاتهم ، وباقوال الرسول وأفعاله ، ووضعوا القواعد والمبادىء العامة للتشريع ، ومن تلك المبادىء ، وجد الفقهاء منفساً لهم في التعرف على الحلول الكافية لمشاكل الحياة وأحكام الحوادث المتجددة على مرور الزمن ، وأغنتهم عن القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وآراء الصحابة ، وغير ذلك من الاصول التي أعتمد عليها فقهاء المذاهب في تشريع الاحكام ولو تيسر للفقه الجعفري الخروج من عزلته ، وابرازه بثوب يسهل للباحثين الاطلاع عليه ونشر المؤلفات الفقهية بالاساليب الحديثة بنحو تصبح دراستها أمراً ميسوراً لكل من يحاول التعرف على فقه الشيعة وآراء علمائهم في مختلف مسائله ، لو تيسر للفقه الجعفري هذا الامر ، لكنا قد أخرجناه من عزلته ،

وأظهرناه الى العالم بواقعه ، وأحيينا جانباً من جوانب ثقافتنا العالمية الخالدة التي تساير الحياة وتعيش معها جنباً الى جنب .

لقد ظل الفقه الجعفري طيلة القرون الماضية فيعزلة عن العالم بالرغم من سعته، ووجود المؤلفات الضخمة الواسعة فيه ، ووجود آلاف العلماء في كل عصر منذ العصور الاولى للتشريع ، وبالرغم من فتح باب الاجتهاد وعــدم التحجير على الافكار ، الذي يساعد على الانطلاق وكثرة الانتاج والتحرر من تقليد الماضين، وهذا ما يشاهده الباحث المنصف بالفعل عندما يقارب بين الفقه الشيعي وغيره ، فيجد الشيعة منذ أقدم عصورهم لا سيما بعد ان اتسعت دائرة الاجتهاد عندهم ، أكثر انتاجاً ، وأوسع تفكيراً ، وأقرب في أحكامهم الى كتاب الله وسنة نبيه «ص» ، بينما يجد الجمود والركود قد سيطر على فقهاء المذاهب الأخرى ، وأصبح لفقههم طابعاً خاصاً قد اتسم به وهو طابع التقليد الاعمى ، والتبعيــة لآراء السابقين وفتاويهم ، ولذا فان عمل الفقهاء المنتسبين الى المذاهب الأربعة مقصور على الشروح ، وتأليف الكتب الجامعة لآراء أئمة المذاهب وتلاميذهم .

ومع أن لفقه المذاهب الاربعة هذا الطابع المستهجن عند الباحثين والمفكرين نجدهم يعتمدون عليه في الغالب ويتجاهلون الفقه الجعفري ، وقد استعانوا به على وضع بعض القوانين المتعلقة بالعقود واستمدوا منه بعض النظريات والافكار ، ويمكن تعليل ذلك بأن الشيعة ظلوا منكمشين على أنفسهم منذ أقدم العصور ، ولم يجدوا من الحكام في جميع الادوار التي مروا بها ما يشجعهم على نشر آثارهم والدعاية لها ، بل وجدوا تصلبا ضدهم في جميع الشؤون التي تخصهم ، لذلك فان آثارهم لم تتجاوز أوساطهم .

على أن أعداد المؤلفات الشيعية الفقهية بالشكل التي هي عليه جعل من الصعب على الباحثين من العرب والمستشرقين الاطلاع عليها والاستفادة منها، هذا بالاضافة الى أن الشيعة قد احيطوا بمجموعة من الافتراء وضعها اعداؤهم بقصد التشويش

عليهم، فأصبحوا بنظر الاجانب عن الاسلام كبعض الفرق المنقرضة التي لا تعكس وجه الاسلام الصحيح في تفكيرها وتشريعها وجميع آثارها .

ومجمل القول أن فقه المذاهب الاربعة بالرغم من أنه بقي جامـــداً طوال القرون العشرة التي مرت عليه ، وانحصرت مهمة العلماء طوال هذه المدة في شرح آراء أئمة المذاهب ودراستها ، دون أن يعنوا بتطويره وتنميته ، بالرغم من كل ذلك فقد استطاع السنة أن يخرجوا فقههم إلى العالم ويساهموا في عقد المؤتمرات العالمية التي اعترفت بأن التشريـع الاسلامي يصلح لان يكون اساساً للتشريـع ، وعلى الاقل أن يكون مصدراً من مصادره قائماً بذاته منذ أقدم عصوره .

قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري : أن الشريعة الاسلاميـــة لو وطئت اكنافها ، وعبدت سبلهـــا لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهنا وقضائنا وتشريعنا ، ثم لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون .

ولم يقف الاستاذ الكبير السنهوري عند حدود الدعوة الى الافادة من التشريـع الاسلامي والاعتماد عليه كمصدر من مصادر التقنينات العالمية الجديـــدة ، بل تجاوز هذه الناحية ودعا إلى عدم التقيد بالمذاهب الاربعة التي فرضتها السياسة على جميـع الناس منذ الف عام تقريباً، ما دامت المذاهب الاخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بهما الى أبعد الحدود .

قال في كتابه الوسيط شرح القانون المدني الجديد . وفي رأينا انه حيث ينبغي الرجوع الى الفقه الاسلامي في كتبه المعتمدة ، سواء كان هذا الفقه هو المصدر الرسمي الذي تستمد منه الاحكام ، ام كان هو المصدر التـاريخي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعيـــة ، يجب أن يراعى أمران جوهريان ، الاول هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي ، فكل مذاهب الفقـه يجوز

الرجوع اليها ، والاخذ منها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة ، بل ولا التقيد بالمذهب الحنفي في جملته ، ولعلنا نذهب الى مدى أبعد فنقول أنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الاربعة المعروفة هناك مذاهب أخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد «١»

ومع أن الدكتور السنهوري يرى من الواجب عدم التقيد بالمذاهب الأربعة وان المذهب الامامي يمكن الانتفاع به الى حد بعيد في التقنينات العالمية الجديدة، وان عدم التقيد بمذهب معين يساعد على تجانس التقنين المدني وانسجامه على حد تعبير السنهوري في كتابه الوسيط «٢» ، مع أنه يرى ذلك ويدعو الى الأخذ بالمذهب الامامي والعمل عليه فهو في كتبه التي يقارن فيها بين التشريع الاسلامي، والتشريع المدني ، يتجاهل الفقه الجعفري في الغالب ، وخاصته في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مع العلم بأن المجاميع الفقهية الشيعية لا تخلو منها مكتبة من المكاتب المنتشرة في البلاد الاسلامية وغيرها،ولقد حاولت في الصفحات السابقة أن أقف على أسباب هذا التجاهل ، وذكرت لذلك سببين أو ثلاثة ولكن الاسباب الثلاثة بمجموعها لا ترفع المسئولية عن المؤلفين الأعلام أمثال السنهوري الذين يرون التقيد بمذهب معين من بين المذاهب الكثيرة اساءة الى العلم، وتنكراً للحقيقة ، لا سيما والمجاميع الفقهية في متناول الجميع ولا أحسب أن في دراستها مشقة على هذه الفئة من المشرعين الاعلام ، ولو تتبعوها بحثاً ودراسة لوجدوا فيها ما يؤكد لهم بأن التشريع الجعفري قد سبق الفقه المدني في كثير من نظرياته الحديثة التي انتهت اليها التقنينات العالمية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بعد المرحلة الطويلة والتطورات الكثيرة التي مرت بها .

إن على المؤلفين في هذه المواضيع ، والذين يدعون الى عقد المؤتمرات مقارنة بين التشريع الاسلامي والقوانين الوضعية الاجنبية وغيرها أن لا يتقيدوا بمذهب

---

(١) انظر الوسيط ص ٤٩ . ٢ - انظر نفس الصفحات الوسيط للسنهوري .

ين من المذاهب الاسلامية ، وأن يرجعوا الى فقه الشيعة ، ذلك الفقه الذي
ستمد قوته وأحالته من كتاب الله وسنة نبيه الكريم ومن العقل ، ولا يعتمد
، أصوله وقواعده على غير هذه الاصول الثلاثة ، أما القياس والاستحسان
المصالح المرسلة وغير ذلك من الاصول التي ليس في النصوص الشرعية ما يدل
لى أنها من أصول التشريع ، هذه الاصول لا يعتمد عليها الجعفريون في
شريعاتهم ، ولا يرجعون اليها في مقام التفريع واستنباط الاحكام .

وسيجد القراء الكرام في هذا الكتاب نماذج من فقه الجعفريين في العقود
وغيرها ، حاولت فيها أن أعرض اشهر الآراء بينهم في مختلف المواضيع ، ولم
أتعرض لغير المشهور من الآراء في الغالب الا لإبراز الفكر الشيعي المتحرر من
الجمود والتبعية على واقعه .

وقارنت بين آراء الجعفريين وغيرهم من شرعيين ومدنيين في أكثر المواضيع
التي اشتمل عليها هذا الكتاب ، وقد تحريت جهدي لابرازها على واقعها معتمداً
على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .

ومنه سبحانه استمد العون والتوفيق ، وان يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه
الكريم انه قريب مجيب .

بحوث تمهيـــدية

١

الاجتهاد عن الشيعة

لا يختلف الحال بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي للاجتهاد من حيث المأخذ ، فهو بمعناه اللغوي منتزع من بذل الجهد ومن استعمال الانسان لجميع امكانياتـه وطاقاته للتوصل الى اغراضه واهدافه على اختلاف انواعهـا . وبديهي ان هـذا المعنى لا يصدق بالنسبة الى الامور اليسيرة كنقل الكتاب من مكان لآخر ونحو ذلك من الافعال التي لا تكلف فاعلها شيئاً .

هذا المعنى اللغوي للاجتهاد يتفق مع المعاني الاصطلاحية له عند الفقهـــاء والأصوليين فسواء فسرناه بالمعنى الحدثي الذي هو عبـــارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن بالحكم الشرعي ، أو بذل الفقيه طاقتـــه وامكانياته لمعرفة الحكم ، ام فسرناه بالملكة التي تحصل بعد الدراسة والممارسة ، والتي بها يستطيع الانسان تحصيل الأحكام عن ادلتها الى غير ذلك من التحديدات المدونة في كتب الاصوليين ، فهو بجميع معانيه لا بد فيه من بذل الجهد والتتبع

---

(١) كما نص على ذلك كل من العلامة الحلي والحاجبي ابن الحاجب هو عثمان بن عمر بن ابي بكر المالكي صاحب الكافية ومختصر الاصول توفي سنة ٦٤٦ هجرية .

والاستقصاء الكامل ، وبخاصة لو فسرناه بالملكة بما هي صفة قائمة بالنفس ، فان الملكة لا يمكن ان تحصل الا بعد الممارسة والدراسة وتتبع الأدلة وبذل جميع الإمكانيات في سبيل معرفة الاحكام .

ومهما كان الحال فسواء فسرنا الاجتهاد بالمعنى الحدثي الذي هو عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن او العلم بالاحكام ، ام فسرناه بالملكة التي تحصل من التتبع والدراسة واستقصاء الادلة، بنحو يصبح الانسان قادراً على استنباط الاحكام من اولتها، فأي المعنيين اريد منه فهو مفروض على المكلفين من باب المقدمة لامتثال الاحكام ، ولولا العسر والحرج واختلال النظام ، لكان من الواجبات العينية الموجهة الى كل مكلف بعينه ، ذلك لان الاحكام موجهة الى الجميع ، ولا بد من امتثالها بحكم العقل تهرباً من الضرر المترتب على العصيان ، بالاضافة الى النصوص الآمرة بإطاعة الله ورسوله ، ولا يمكن الامتثال الا بعد العلم بالاحكام ، او الظن بها ، والطريق الى معرفتها بعد انسداد باب العلم ينحصر بالرجوع الى الكتاب والسنة وغيرهما من ادلة التشريع ، وهذه الادلة حتى ما كان منها قطعي الصدور لا تفيد اكثر من الظن في الغالب ، ومما لا شك فيه ان الظنون التي تحصل للمجتهد من تلك الادلة اقرب من غيرها الى الواقع بالنسبة اليه، وفي هذه الحالة لا يطمئن ببراءة ذمته فيما لو اعتمد على غيرها من الظنون التي تحصل من الرجوع الى غيره، فيحكم العقل بوجوب الاجتهاد مقدمة لامتثال الاحكام المطلوبة كافة. ولكن الوجوب العيني لما كان مستلزماً للعسر والحرج وموجباً للاخلال بالنظام، لم يكن بد من الاكتفاء بوجوبه الكفائي، هذا بالاضافة الى النصوص الكثيرة التي تدل على جواز التقليد ، وان غير العالم عليه ان يراجع المجتهد في امور دينه . (١)

وعلى كل حال فقد استدل اكثر الفقهاء على فتح باب الاجتهاد بالامور التالية: الاول : ان العلم بالاحكام متعسر بالنسبة الى جميع المكلفين، وإذا انسد باب العلم

---

(١) انظر هداية المسترشدين في شرح المعالم للمرزا محمد تقي مبحث الاجتهاد والتقليد .

بالاحكام مع القطع ببقاء التكاليف تعين الرجوع الى الظن والاخذ بالظنون التي دلت على حجيتها الأدلة من الكتاب والسنة وغيرهما ، وليس المعني بالاجتهاد الا الرجوع الى الادلة لتحصيل الظن بالاحكام .

الثاني : الاجماع الذي نص عليه جماعة من العلماء ، قال المرزا محمد تقي في هداية المسترشدين : وهو معلوم من ملاحظة الطريقة الجارية المستمرة في سائر الاعصار والامصار بين الشيعة ، وملاحظة كتب الفتاوي والاستدلال كافية في العلم به . (٢)

الثالث : النصوص الصحيحة التي تشير الى وجوب الاجتهاد ، فقد روى زرارة وأبو بصير وغيرهما عن الامامين الباقر والصادق «ع» انهما قالا لجماعة من أصحابهما .

« ان علينا القاء الاصول وعليكم التفريع » ومعلوم أن تطبيق الاصول العامة والقواعد الكلية على الجزئيات انما يكون في الغالب من جهة ظهورها في تلك الافراد ، والظهور ، لا ينتج في الغالب الا الظن بالاحكام.

على أن الافهام والانظار تتفاوت في اصل الظهور ومقدار سعته ، وقد يتوقف اثبات الدلالة على بعض اللوازم ، وبعض المقدمات والملابسات التي تحيط بذلك الاصل العام ، فلا بد من الاجتهاد في مقام تطبيق تلك الاصول على جزئياتها وفروعها .

ومن ذلك تبين ان الائمة «ع» هم الذين فتحوا باب الاجتهاد لتلامذتهم ، وفسحوا لهم المجال في الاعتماد على الظنون الحاصلة من ظواهر الكتاب والسنة ، ومن تطبيق الاصول والقواعد العامة على الجزئيات والفروع .

---

(١) نفس المصدر .

المراحل التي مر بها الاجتهاد

من الحقائق الثابتة أن الاجتهاد قد ابتدأ محدوداً ضيقاً واتسع على مرور الزمن بتطور الحياة وتجدد الحوادث واتساع الافكار، فبعد انتهاء التشريع بوفاة الرسول «ص» احس المسلمون في المدينة بأنهم هم المسؤولون عن تبليغ الأحكام وتطبيق الكليات على جزئياتها واعطاء الحوادث التي أطلت معالمها عليهم الأحكام التي تناسبها، تلك الحوادث التي كان الكثير منها لا يشبه ما مضى من الحوادث التي أخذ الناس احكامها من الرسول «ص» فرجعوا الى الكتاب والسنة وبدون شك ان آيات الاحكام ونصوص الرسول الواردة في مقام التشريع بالاضافة الى انها ليست وافية ببيان جميع الاحكام، بالاضافة الى ذلك لا تفيد في الغالب اكثر من الظن من حيث دلالتها وانطباقها على الجزئيات المختلفة، وكل الحت عليهم الحاجة بسبب اختلاطهم بغيرهم من الأمم التي لها أعرافها وعاداتها وجدوا أنفسهم في أمس الحاجة الى مصادر اخرى للتشريع تؤمن لهم معرفة الاحكام التي لم يهتدوا اليها في كتاب الله وسنة نبيه «ص»، فرجعوا الى القياس والاجماع كما يبدو من تتبع المراحل التي مر بها التشريع الاسلامي في تلك الفترة من تاريخه، ولعل من أصدق الشواهد على ذلك تلك الوثيقة التاريخية التي زود بها عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري حينما أرسله والياً على الكوفة.

وقد جاء فيها: أعرف الاشياء والامثال، وقس الامور بعضها على بعض» وجاء في بعض المرويات عن شريح القاضي ان الخليفة كتب اليه، اذا أتاك امر فاقضي فيه بما في كتاب الله، فان اتاك ما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله «ص» ولم يتكلم فيه احد، فإن شئت ان تجتهد رأيك فتقدم.

وقد أشار بقوله ولم يتكلم به أحد الى الاجماع الذي وضع نواته الشيخان، وكان يحصل من اتفاق الثلاثة او الاربعة على الحكم كما تدل ذلك اكثر المصادر

التاريخية «١» .

وقال ابن خلدون في مقدمته : أن الاجماع والقياس حدثا ايام الصحابة وبهما صارت أصول الفقه أربعة «٢» .

ويدعي أكثر المؤلفين في تاريخ التشريع من السنة ، أن الرسول نفسه هو الذي فتح للمسلمين أبواب الاجتهاد ، ووضع النواة الأولى للاجماع والقياس كما تشير الى ذلك بعض المرويات عنه ، انه قال : ما اجتمعت امتي على ضلال ، ويد الله مع الجماعة ، وأنه أوصى معاذ بن جبلة حينما أرسله الى اليمن ليقضي بين أهلها ، أن يجتهد برأيه فيما لانص فيه ، ويقيس الاشباه بالاشباه ، والنضائر بمثلها ، ولم تقتصر الحاجة على القياس والاجماع ، بل كانت تتسع دائرة الاجتهاد كلما بعد الزمن عن عصر الصحابة ، واتسعت المعارف ، وتباينت آراء العلماء في أقضيتهم وفتاويهم ، وانتشر الوضع في الحديث الى غير ذلك من الملابسات التي أدت الى مضاعفة جهود العلماء في مقام البحث عن الأحكام ، واعطاء الحوادث والموضوعات المتجددة الاحكام المناسبة لها ، وفي الوقت نفسه تضاعفت أصول الاحكام ، فجاء دور الإستحسان والاستصلاح والعرف العام ، واقضية الصحابة وفتاويهم ولعب القياس دورا بارزاً في تفريع الفروع واستنباط الأحكام عند اكثر الفقهاء وبخاصة الاحناف منهم .

أما الاجتهاد عند الشيعة فلم يكن بتلك السعة التي كانت له عند غيرهم من الفقهاء في عصر الائمة (ع) ، ذلك لان الشيعة في القرنين الاول والثاني وفي الشطر الاول من الثالث كانوا يرجعون الى الائمة (ع) في امور الدين والعلماء في كل قطر وبلد ينقلون آرائهم ومروياتهم الى الناس مباشرة ، كما كان المسلمون الأولون يأخذون

---

(١) انظر تاريخ الفقه الجعفري للمؤلف ص ١٨٢ وما بعدها وتاريخ التشريع للخضري وتاريخ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف . (٢) المصادر السابقة .

عن الرسول (ص) مباشرة او بواسطـــة من يرسلهم (ص) الى الاقطار لتعليم الأحكام ، ولم تدع الحاجة في عصر الائمة (ع) الى اكثر من تفهم اقوالهم وتطبيق الاصول العامة التي كانوا يضعونها احياناً على الجزئيات الخارجية ، ومجمل القول ان الاجتهاد عند الشيعة بدأ يتسع عندما اشتد الحصار على الائمة (ع) من السلطات الحاكمة ، وعندما انتشر الحديث المكذوب عليهم بين المرويات الصحيحة عنهم ، مما أدى الى العنايـــة بالحديث وتصفيته من الاحاديث المدسوسة بين أحاديثهم ، وكانت مهمة الفقيه الشيعي في عصر الائمة (ع) لا تتعدى نقل آرائهم واحاديثهم الى الناس بعد تصفيتها من المرويات المكذوبة ، ومع ذلك فإن باب العلم بالأحكام لم يكن مسدودا ما دام الامام موجودا ومعروفاً بين الناس، لإمكان اخذ الحكم منـه مباشرة او بالواسطة .

ولما انتهى عصر الائمة (ع) بوفاة الامام الحادي عشر ، وجـــاء دور المهدي المنتظر (ع) واصبح من المتعذر الاتصال به مباشرة ، انسد باب العلم بالاحكام ، لان الطرق الموصلة اليها في الغالب لا تنتهي الى العلم ، حتى ما كان قطعي الصدور منها كالكتاب والسنة المتواترة كما ذكرنا ، ففي هذا الدور اصبح الاجتهـــاد يتطلب جهداً اوسع مما كان عليه في عصر الائمة(ع) ، ذلك لان المرويات الصحيحة قد اختلطت بغيرها ، والاصول الاربعمائة التي جمعها الرواة من احاديث الائمة(ع) قد فقد اكثرها ، وظهرت بين الرواة بوادر الانحراف عن العقيدة الشيعيـــة الصحيحة التي تنظم الائمة الاثنا عشر (ع) ، وتضاعفت الوسائـط بين الامـام والراوي الاخير، وظهر على بعض المرويات التقطيـع والاضطراب في صيغة الرواية وفقدان السند الذي يربـط الرواية بمصدرها ، كما جرى ذلك بالنسبـة لاكثر مرويات محمد بن عمير(١) الى غير ذلك من الظروف والملابسات التي احاطت

(١) محمد بن ابي عمير من تلامذة الأمامين موسى بن جعفر وولده الامام الرضا (ع) وقد بلغت مؤلفاته اربعاً وتسعين كتاباً في الحديث وغيره ، ولما حبسه الرشيد تلفت اكثر كتبه وكان قد دفنها في التراب خوفاً من الرشيد ففاتته اكثر الاسانيد ، توفي سنة ٢١٧ .

بالسنة ، وبخاصة ما جاء منها عن طريق الائمة(ع) هذا بالاضافة الى الاختلاف الذي ظهر بين العلماء في احكام الحوادث وتعدد الآراء في المسألة الواحدة منذ بدأ العلماء في تدوين الفقه وتوزيع الحديث على أبوابه حسب ما يناسب كل منها ، لهذا ولغيره اتسع مفهوم الاجتهاد ، وتضاعفت جهود العلماء في تحصيل الاحكام بالبحث عن الروايات من حيث دلالتها وسندها وجميع ما يحيط بها ، وعن آراء العلماء لتحصيل الاجماع الذي اصبح من اصول التشريع باعتباره كاشفاً عن رأي الامام (ع)، أو عن الاصول التي يتعين الرجوع اليها عندما يتعسر عليهم الدليل على الحكم المشكوك .

ومهما كان الحال فالاجتهاد عند السنة والشيعة كان في القرون الاولى من ابرز العوامل التي ساعدت على ازدهار النهضة العلمية في مختلف العواصم الاسلامية ، تلك النهضة التي اعطت ذلك النتاج الطيب ، وامدت الفكر والمكتبة الاسلامية بتلك الآثار الغنية بمختلف العلوم ، والتي لا تزال منهلاً عذباً لرواد العلم، بالرغم من مرور ما يقرب من ألف عام على اولئك الاعلام، ولكن جريمة التحجير على الافكار ، التي كانت نتيجة لسد باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري، فرضت على علماء السنة ان يقفوا عند آراء اربعة من العلماء خاشعين كأنها من وحي السماء، او من سنن الانبياء .

وقد ارجع بعض الكتاب الاسباب الموجبة لسد باب الاجتهاد الى اربعة امور ، الاول: انقسام الدولة الاسلامية ، وتناحر ملوكها، وحكامها على الحكم ، مما أوجب انصرافهم عن العلماء وعن العلم ، وانقسام العلماء تبعاً لرجال السياسة .

الثاني : انقسام العلماء على بعضهم ، وتعدد المدارس العلمية، وتعصب القائمين عليها واتباعهم لآرائهم ، وتجرد العلماء لتأييد آرائهم ، وهدم آراء الباقين بكل امكانياتهم .

الثالث انتشار المتطفلين من العلماء وتزاحمهم على القضاء والفتوى ، واغراء العوام والمغفلين بارائهم ، بالاضافة الى شيوع الامراض الخلقيه بين من يسمون انفسهم بالعلماء كالتحاسد والتباغض ، والتراشق فيما بينهم بالتكفير والتفسيق ، وتوهين كل منهم لآراء الاخرين ، فلم يعد بالامكان الوقوف في وجه هذه الفوضى الا بسد باب الاجتهاد ، وحصر المذاهب في الاربعة ، وتم هذا التدبير من حكام القرن الرابع الهجري ، على يد المنتصر العباسي بعد موافقة جماعة من علماء عصره على هذا الأمر . «١»

وبذلك انتقل العلماء من دور الاستقلال والتحرر الفكري الى دور الجمود والتبعية لأربعة من العلماء أقصى ما يمكن أن يقال فيهم انهم قد اجتهدوا في الفقه الاسلامي ، وكونوا لأنفسهم فيه جملة من الآراء تختص بهم دون سواهم في الأصول والفروع ، وتهيء لهم ما لم يتهيء لسواهم من الفقهاء . ويبدو ان بعض الكتاب يحاول من وراء سرد هذه الأمور أن يبرر هذا التصرف الأحمق الذي يقضي على المواهب ويحد من سلطة العقل ، ويجعله عبداً بعد أن كان سيداً يحكم بما يريد .

ولو افترضنا أن الوضع كان بهذه الحالة السيئة ، وأن الحكام الذين قاموا بهذا التدبير ، كانت غايتهم الوقوف في وجه الفساد ، وقطع دابر الفوضى، لو افترضنا ذلك،ولكن تجاهلهم للمذهب الجعفري يبعث على التساؤل،ذلك لأن كل واحد من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه انتشاراً في الوقت الذي تم فيه هذا التدبير من قبل السلطات الحاكمة ، ولا القائمين على نشر تلك المذاهب وعلى الدعاية لها باكثر علماً وأوسع صيتاً من علماء المذهب الجعفري ، ولم يكن شيخ ائمة المذاهب الاربعة أبو حنيفة يتصور في يوم من الأيام أن تصبح آرائه وأحكامه مذهباً رسمياً يسوغ العمل بها لكل انسان ، وآراء جعفر بن محمد وأبيه الباقر «ع»

(١) انظر خلاصة التشريع للاستاذ عبد الوهاب خلاف .

دخيلة على الاسلام ، وهو الفخور بدراسته على الامام الصادق والقائل لولا السنتان لهلك النعمان .

واذا لاحظنا ان الذين تولوا هذا الامر قد تجاهلوا المذهب الجعفري بالرغم من أن أي مذهب من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه ولا أقرب الى منطق القرآن والسنة ، وبالرغم من أن دعاته والقائمين على نشره كانوا في كل عصر من خيرة علماء المسلمين واكثرهم انسجاما مع منطق القرآن وروح الاسلام ، وكان صيتهم يتسع ووجودهم يفرض نفسه حتى على أخصامهم وعلى جميع الطبقات ، اذا لاحظنا جميع ذلك لا نكون مبالغين ولا مغالين لو قلنا بأن محاصرة المذهب الجعفري وقطع الطريق عليه كان من جملة الأهداف المحببة الى الذين قاموا بهذا الأمر ، ذلك لأن هذه الظاهرة كانت تبعث في نفوس أخصام الجعفرين الخوف من أن يصبح المذهب الجعفري المذهب الاسلامي الأول .

وحصر المذهب في الاربعة حسب تفكيرهم من جملة الوسائل التي تحد من شهرته وانتشاره وتحول بينه وبين الجماهير الاسلامية ، وبالتالي يصبح دخيلاً على الاسلام لا يجوز التدين به ولا العمل عليه لأي كان من الناس كما انتهى الامر الى ذلك طوال هذه القرون عند أهل السنه .

ولكن ذلك لم يثن من عزيمة الشيعة ، ولم يحد من صلاحية المجتهد الشيعي ونشاطه ، ومضى الفكر الشيعي حراً طليقاً نحو أهدافه يتحدى الذين أرادوا له الجمود والركود وأرادوا للمذاهب الأربعة الحياة والخلود .

أما وقد انتهينا الى هذه المرحلة لا بد لنا من وقفة قصيرة مع الاستاذين محمد يوسف موسى ، وأبي زهرة وغيرهما ممن يرى أن الاجتهاد عند الشيعة لا يختلف حاله عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الاربعة ، فلقد رجع الاستاذ أبو زهرة في كتابه الامام الصادق «ع» بعد أن صنف الاجتهاد الى مطلق ومنتسب على حد تعبيره ،

ان الاجتهاد الشيعي من النوع الثاني لان المجتهد المطلق هو الذي يرسم ويخطط لنفسه منهجاً خاصاً في الفروع والاصول،ومنه يستنبط الاحكام، ويفرع الفروع، وأضاف الى ذلك ان المجتهد الشيعي ليس من هذا النوع ، واستطرد يقول : وفي الحق أنه اذا لم يكن من المجتهدين المنتسبين ، فلا يمكن أن يعلوا الى مرتبة المجتهدين المطلقين الذين يشقون الطريق بأنفسهم الى الكتاب والسنة المحمدية ، ويرسمون الخطوط ويحدون الحدود لما يجوز وما لا يجوز .

وقال الاستاذ محمد يوسف موسى في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات : أما الائمة عند الشيعة فهم معصومون عن الخطأ في الاحكام فما يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع،ولا ندري مع هذا كله ما معنى الاجتهاد الذي يرون من مفاخرهم القول بجوازه دائماً، ومرجع الاحكام الشرعية هم الائمة دائماً لا غيرهم «١»

ويبدو من ذلك أن الملاحظة التي أبداها أبو زهرة والدكتور محمد يوسف مرجعها الى ان العالم الشيعي مهما بلغ في علمه لا يسوغ له أن يتخطى ما رسمه الائمة «ع» في الفروع والاصول ، ولا يستطيع ان يشق الطريق بنفسه الى الحكم الشرعي المجعول ، فهو في جميع الحالات يتتبع الخطوط التي رسمها له الائمة للحصول على أحكام الكتاب والسنة ، والاجتهاد في هذا الاطار يرجع الى التقليد في واقعه ، ولا يختلف بشيء عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الاربعة ، ونحن لا لا ننكر أن الفقيه الشيعي ليس له أن يتخطى ما رسمه له الائمة «ع» ولكنا لا نعتبر الامام مجتهداً كما هو الحال في ائمة المذاهب عند أهل السنة، بمعنى أن الأحكام التي نص عليها ، والمبادىء التي رسمها وخططها الامام للحصول على الأحكام ليست من وحي الاجتهاد ليكون كغيره من ائمة المذاهب الذين اجتهدوا في أحكام الدين، بل إن نظرتهم الى الامام تختلف عن ذلك اشد الاختلاف ، ذلك لأنهم يرون

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص١٦١ والامام الصادق لابي زهرة ص ١٣٩ و ١٤٠ .

الائمة مصدراً من مصادر التشريع فيما يأتون به من آراء وأحكام وغير ذلك من غير فرق بينهم وبين الرسول (ص) الا من حيث ان الرسول يتلقى عن الوحي بلا واسطة وهم يأخذون عن الرسول ما أوحي اليه يرويه المتقـــدم للمتأخر ، فما رسموه وخططوه لمعرفة الاحكام هو من تخطيط النبي «ص» ويؤكد ذلك ما جاء عنهم في جملة من المرويات أن حديثهم حديث رسول الله ، وانهم اذا حدثوا وحكموا بشيء لا يحدثون ولا يحكمون الا بحكم الله وحكم رسوله ، وأن مـا يخالف كتاب الله من المرويات عنهم ليس من اقوالهم ، ولا من أحكامهم ، على أن الفقيه الشيعي لا يقتصر على المرويات عن الائمة في التوصل الى الاحكام ، بل يعتمد بالاضافـــة الى احاديثهم على كتاب الله والمرويات عن النبي «ص» ، وعلى السير القطعية وبناء العقلاء وحكم العقل،وغير ذلك مما يوجب الاطمئنان بالاحكام التي يحاول الحصول عليها .

ومن ذلك تبين ان رجوع الشيعة الى الائمة لا يختلف بشيء عن الرجوع الى النبي والكتاب الكريم ، فكما ان الرجوع الى الاصلين الكريمين والأخذ منهما لايمنع من صدق الاجتهاد ، كذلك لا يمنع الرجوع الى الائمـة والأخذ عنهم لأن حديثهم حديث الرسول واحـــكامهم من وحي القرآن والرسول (ص) . ومن الغريب ان الاستاذ ابا زهرة وغيره يرون ابا حنيفة وغيره من ائمـــة المذاهب من المجتهدين الجامعين لجميع مقومات الاجتهاد المطلق ، مع انهم يعتمدون على اقوال الصحابة وارائهم ويرونها من ادلة التشريع كالكتاب والسنة وغيرهمـــا ، وربما يخصصون ويقيدون بها عمومات الكتاب ومطلقاته (١) ولا يرون الفقيه الشيعي مجتهداً لأنه يأخذ بأقوال الامام الصادق وغيره من الائمة من حيث ان اقوالهم واحاديثهم تعبر عن اقوال الرسول (ص) واحاديثه ، مع العلم بأن ابا حنيفةوغيره يعتمدون على رأي الصحابي وفتواه ولو كان مصدرهما اجتهاده .

---

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ١٣٠ .

وبحمل القول ان الفقيه الشيعي انما يعتمد على المرويات عن الائمة وعلى ما خططوه ورسموه لاستنباط الاحكام ، باعتبار ان جميع ما ورد عنهم لا يتعدى حدود الكتاب وسنة الرسول (ص) وليس من وحي الاجتهـــاد الديني يخطيء ويصيب، ولو افترضنا ان الوقوف عند اقوال الائمة ومخططاتهم يتنافى مع الاجتهاد المطلق على حد زعم الاستاذ ابي زهره ، والدكتور محمد يوسف ، لزمنا ان ننكر الاجتهاد المطلق من اساسه ، لان جميع فقهاء المسلمين يقفون عند حدود الكتاب والسنة ، ولا يتعدون مخططاتها بادعائهم ، وقد ذكرنا ان ابا حنيفة وبعض ائمة المذاهب الاخرى لا يتعدون اقوال الصحابة ويعتمدون عليها كما يعتمدون على الكتاب والسنة .

ومهما كان الحال فالتدابير التي اتخذها الحاكمون لحصر المذاهب في الأربعة بحجة التنظيم وقطع دابر الفوضى كان من ابرز نتائجها الجمود والركود اللذان سيطرا على تفكير الفقهاء وظهرا في مؤلفاتهم وارآئهم الفقهية ، واصدق شاهد على ذلك ان الفقهاء بعد سد باب الاجتهاد اصبحوا ينظرون الى ارآء ائمة المذاهب الاربعة كوحي منزل لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وقد جاء في بعض المرويات ان ابا الحسين الكرخي احد المبرزين بين فقهاء الاحناف في القرن الرابع ، كان يقول : لو خالف رأي ابي حنيفة الآية والحديث لا بد من تأويل الآية والحديث او الالتزام بنسخها (١) بينما نجد فقهاء الشيعة لا يغالون في تقديس آراء ائمتهم الى هذا الحد ، مع انهم يعتقدون بهم العصمة عن الخطـــأ في امور الدين .

وعلى كل حال فسد باب الاجتهاد مهما كانت دوافعه قد اوصد الباب في وجه انتشار المذهب الشيعي ، ولكن الشيعة لم يخضعوا لأرادة الحاكم ، ومضوا في طريقهم غير مبالين ولا مهادنين ، وبقي الاجتهاد عندهم يسير مع الزمن يتسع

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضرمي ص ٢٢٥

ويتطلب جهدا اكثر واوسع كلما بعدت المسافة بينهم وبين عصر الائمة (ع) وكان لتدوين علم الاصول وتطوره الأثر البالغ في تطور الاجتهاد ، واصبح الفقيه على مرور الزمن يحتاج الى بذل الجهد والاحاطة بكل ما يسهل له طريق تحصيل الاحكام ، فبالنسبة الى النصوص لا بد وان تكون له خبرة بتحقيقها والتأكد من سلامتها من الخطأ والتحريف ، وسلامة رواتها ووثوقهم في النقل بالرجوع الى كتب الجرح والتعديل ، والتأكد من حجية تلك النصوص اذا كانت من اخبار الآحاد التي لا توجب القطع بمضمونها .

وان يكون له خبرة بالمرجحات التي جعلها الشارع كعلاج للروايات المتعارضة ، وباللغة بالمقدار الذي يساعده على استخراج معانيها ، ولو بالرجوع الى كتب اللغه المعدة لشرح معاني الألفاظ وغير ذلك مما يتوقف عليه فهم الحديث وآيات التشريع، ولا بد بالاضافة الى ذلك من أن يكون على صلة بتاريخ وجود الحديث والملابسات التي تحيط به ، والناسخ والمنسوخ ، والعام والخاص، والمطلق والمقيد ، والتخصيص والتخصص ، والحاكم والوارد ، وغير ذلك من الجهات التي يتعين بسببها تقديم أحد الدليلين على الآخر ، وبالنسبة الى الطرق الاخرى التي جعلها الشارع مرجعاً عند الجهل بالحكم او الشك فيها اذا لم تتوفر الادلة عليه من الكتاب والسنة لا بد للفقيه من الرجوع الى ما هو محرر في كتب الاصول والاحاطة بتلك القواعد بنحو يصبح قادراً على تمييز الصحيح منها من الفاسد ، ويعرف مواردها واصول الجمع بينها ، ويمحصها تمحيصاً صحيحاً الى حد يكون لنفسه رأياً فيها ، ومن مجموع ذلك يحصل الاجتهاد سواء فسرناه بالملكة على تحصيل الادلة الموصلة الى الحكم الشرعي كما عرفه بعضهم ، أو فسرناه بما جاء عن العلامة الحلي والحاجبي ، بأنه استفراغ الوسع في تحصيل الظن بالحكم الشرعي ، اما اذا عرف النصوص ، وجميع الوسائل التي تنتهي الى كونها حجة مجعولة من الشارع ، ولكنه لم يعرف الادلة الاخرى على الاحكام ، ولا الاصول التي اعتبرها الشارع مرجعا في حال الشك بالحكم ، او الجهل به ، هذا المقدار من المعرفة لا يكفي في حصول

الاجتهاد ، ولذلك فان الاجتهاد في العصور المتأخرة لم يعد بتلك البساطة التي كان عليها في العصور الاولى ، وأصبحت مقوماته في كل عصر تختلف عن سابقه ، وقد نص الغزالي على ان العلوم التي لا بد منها لتحصيل الاجتهاد ثمانية ، ثم ارجعها الى ثلاثة ، علم الحديث ، وعلم اللغة ، وعلم اصول الفقه «١» وهذه العلوم الثلاثة تستدعي ان يكون للانسان خبرة في غيرها من العلوم كما ذكرنا .

---

(١) انظر المستصفى ص ١٠٣ من المجلد الثاني .

الحق والحكم

٢

اذا كان تنظيم المجتمع من جملة الاهداف الرئيسية للشرائع والقوانين ، فان ذلك معناه انها يعنيان اولاو قبل اي شيء ببيان ما لكل انسان من حقوق وما عليه من واجبات نحو غيره ، ومتى عرف كل انسان ما له وما عليه يصبح بالامكان قيام مجتمع صحيح يحفظ للفرد حقه وللمجموع الخير والطمأنينة ، وقد تكرر استعمال هذين اللفظين في الشريعة الاسلامية في مختلف المواضيع ، وحاول الفقهاء التفرقة بينهما موضوعياً وتعرضوا للفرق بينهما في خلال مباحث العقود والمعاملات ، الا انهم لم ينتهوا الى النتيجة الحاسمة التي تميز كلا منهما عن الآخر ، ولا الى الخصائص التي يختص بها كل منهما ، ذلك لما بينهما من التقارب والتجانس في اكثر الموارد على انهما قد يجتمعان في الشيء الواحد ومن امثلة ذلك ان للبائع على المشتري الحق في استلام الثمن ، وتسليمه واجب على المشتري ، وللزوج حق الطاعة على زوجته ، والطاعة واجبة عليها ، وللوالد على ولده حق الاحسان ، وعلى الولد ان يحسن لأبويه الى غير ذلك من الامثلة الكثيرة التي يلتقي فيها الحق والحكم .

ومن ناحية ثانية يمكن ان نقول : بأنه لا حق الا وفي مقابله حكم ، فليس لأحد من الناس على غيره حق الا وعليه واجبات لهم ، وليس لاحد واجبات على الغير الا وعليه حقوق في مقابلها ، والحق الذي نحاول الحديث عنه هو الذي

تكرر في كتب الفقهاء ، وتميز ببعض الآثار والاحكام ، كحق الشفعة ، وحق الخيار ، وحق التحجير ، وحق المرتهن في العين المرهونة ، وحق الزوجة على زوجها في الانفاق ، وحق المجني عليه المتعلق بالجاني ، وحق الاختصاص بالمباحات ونحو ذلك من الحقوق ، وكما ذكرنا ، لقد حاول الفقهاء ان يضعوا الحدود بين الحق والحكم لتمييز كل منهما عن الآخر ، ولكنهم لم ينتهوا الى المعنى الذي تنتظم فيه جميع الافراد ، ولا الى الخصائص التي تميز كلا منهما عن الآخر ، ولذا فان ما يراه بعض الفقهاء من افراد الحق احياناً ، يراه آخرون من الاحكام من حيث انه لا يقع عوضا في المعاملات ، ولا يسقط بالاسقاط ، ولا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل ، وقد فرق بينهما السيد كاظم في كتابه شرح مكاسب الشيخ الانصاري بأن الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير على مال المديون المستحق ، وحق المرتهن في العين المرهونة ، وحق الغرماء المتعلق في اموال الميت ، وقد يكون الحق متعلقاً بشخص او بعقد وغيرهما كحق القصاص المتعلق بالجاني ، وحق الخيار المتعلق بالعقد ، وحق القسم الثابت للزوجات ، وحق الانفاق الثابت للزوجة على الزوج ونحو ذلك ، فهو مرتبه من الملك او نوع منه مقصور على جهة خاصة من جهات التصرف .

اما الحكم فهو عبارة عن الترخيص في فعل شيء او تركه ، او الحكم بترتب اثر خارجي على فعل شيء او تركه ، وامره يعود الى الحاكم ، فليس للانسان رفعه او وضعه ، ولا يملك المكلف شيئاً من ذلك ، وهذا بخلاف الحق ، لانه نوع من انواع السلطنة الثابتة له ، فحق الخيار في العقود اللازمة ، معناه ان الشارع قد جعل للمتعاقدين او لاحدهما سلطنة على العقد من حيث امضائه وفسخه وملكه تلك السلطنة ، وبذلك يختلف الجواز في العقود الجائزة عن حق الخيار في العقود اللازمة ذلك لأن مرجع الجواز في العقود الجائزة الى ترخيص الشارع للمتعاقدين في الفسخ والامضاء من غير ان يكون لاحدهما او لكليهما سلطنة مجعولة من الشارع على ذلك ، فالجواز في العقود الجائزة نظير جواز شرب الماء ، واكل اللحم ونحو

ذلك من موارد الترخيص التي لا ترجع الى جعل السلطنة للانسان ، اما الجواز في العقود اللازمة ، فان المجعول للشارع فيها هو السلطنة على امضاء العقد وفسخه ، وهي اي السلطنة المجعولة من الحقوق ، ونفس الجعل الذي هو عبارة عن اعتبار السلطنة من الاحكام، كما ان اعتبار الاعيان والأموال ملكا هو من الاحكام ايضاً (١) .

ومجمل القول ان الحق والملك كلاهما سلطنة مجعولة للمالك وذي الحق الا ان هذه السلطنة اذا كانت كافية لجميع انحاء التصرفات والتقلبات في الاعيان والأموال تسمى ملكاً ، واذا لم تكفي لهذه الغاية اما لقصور الاضافة بين الشيء الذي هو احد طرفي الاضافة وبين من له السلطنة ، كما في سلطنة المرتهن على العين المرهونة التي لا تتجاوز تسلطه على استيفاء دينه، واما لقصور متعلق السلطنة كالعقد موضوع الخيار ، فانه لا يقبل غير الفسخ او الاجازة ، وسلطنة الشفيع على تملك الحصة المبيعة بالثمن الذي اتفق عليه مالكها مع المشتري ، هذا النوع من السلطنة يسمى حقاً ، وعلى هذا فالمجعول الشرعي اذا لم يستتبع السلطنة على الاعيان والمنافع وغيرهما من الأموال يكون حكماً .

وبذلك يتضح الحال في بقية المصاديق التي اطلق عليها بعض الفقهاء اسم الحق ، كجواز رجوع الواهب في هبته ، وحق الابوة الثابت للآباء على ابنائهم ، وحق الجار على الجار ، والسبق الى المساجد والمباحات العامة ، ورجوع المطلق في الطلاق ، والولاية على الصغير والمعتوه ، وحق الإستمتاع بالزوجة ونحو ذلك ، فإن الشارع في مثل ذلك لم يجعل السلطنة لأحد على الآخر وانما حكم الشارع في كل مورد من هذه الموارد بالحكم المناسب له ، ولذا فإن آثار الحقوق ولوازمها لا

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم اعلى المكاسب ص ٥٥ ويظهر من السيد محمد بحر العلوم في كتابه بلغة القضية تبنيه لهذا الرأي حيث اعتبر الحق هو السلطنة المجعولة للانسان ، والحكم هو جعل تلك السلطنة ، وهو الذي رجحه الشيخ الانصاري في مكاسبه في اول كتاب البيع .

تتوريث في كثير من هذه الامثلة ، وقد نص الفقهـــاء على ان حق الابوة ، وحق الولاية الثابت للحاكم ، وحق الإستمتاع بالزوجة وحق الوصاية والسبق الى المساجد والمباحات الى غير ذلك من الامثـلة لا تسقط بالاسقاط ، ولا تنتقل بالارث او بغيره من النواقل لغير الوارث ، والسقوط بالاسقاط والانتقال بالارث من أظهر خواص الحقوق واثارها .

وعلى كل حال فالفقهاء في تحديد المعنى المراد من الحق لم يلتقوا على امر جامع لجميع مصاديق الحق ، واكثر المصاديق التي ذكرناها واعتبرناها من الاحكام قـد اطلقوا عليها اسم الحق ، ولذا فقد فصـــل بعضهم بين انواع الحقوق من حيث السقوط بالاسقاط ، والانتقال بالارث او بغيره من النواقل (١) .

وقد فصل القرافي في الفروق بين ما ينقل الحقوق وما لا يتنقل منها مدعياً بأن السقوط بالاسقاط والانتقال بالنقل ، ليسا من خواص الحقوق ولوازمها . وقال ان الحديث المروي عن الرسول ما ترك الميت من حق فلوارثه لا يمكن الاخذ به على عمومه ، فمن الحقوق ما ينتقل ومنها ما لا ينتقل ، فمن حق الانسان ان يلاعن عند سبب اللعان ، وان يفي بعد الايلاء ، وان يعود بعد الظهار ، وان يختار من نسوته اربعا اذا اسلم ، وان يختار احدى الاختين ، واذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه ان يملك امضاء البيـع عليهما وفسخه ، ومن حقه مـا فوض اليه من الولايات والمناصب ، وبعد ان عدد الحقوق انتهى بالنتيجة التالية .

ان جميع الحقوق لا ينتقل الى الوارث منها شيء ، واضاف الى ذلك ان ما كان من الحقوق متعلقاً بالمال ، او بدفع ضرر عن الوارث في عرضـه لتخفيف الم ، هذا النوع من الحقوق ينتقل الى الوارث ، اما ما كان متعلقاً بنفس المورث

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم اعلى المكاسب وبلغة الفقيه ومكاسب الشيخ الانصارى وغيرهما من المجاميع الفقهية .

وعقله وشهواته فلا ينتقل الى وارثه ، وعلل للفرق بين الامرين . بأن الورثة يرثون المال وتوابعه ولا يرثون عقل المورث وشهواته ونفسه ، وبالاحرى ان لا يرثون ما يتعلق بهذه الامور ، واعتبر الامور التي اوردناها بما يعود الى ذات المورث ،كما عد خيار الشرط وخيار الشفعة على حد تعبيره ، وخيار تعيين المبيع فيما لو اشترى المورث عبداً من عبدين ومات قبل اختيار احدهما ، وخيار الوصية فيما لو مات الموصى له قبل موت الموصي وخيار الاقالة والقبول فيما لو اوجب المالك ومات المشتري قبل القبول او الرد كل ذلك ونحوه مما يعود الى ذات المورث لا ينتقل الى وارثه وغيره .

وقد نسب الى ابي حنيفة واحمد بن حنبل ان خيار الشرط لا ينتقل لوارثه ، كما نسب الى الاحناف عدم انتقال خيار الشفعة ، وجوز انتقال خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة ، وحق القصاص والرهن وحبس المبيع حتى يقبض الثمن ، وحق استحقاق الغنيمة قبل قسمتها .

اما حق رجوع الوالد على الولد في الهبة وخيار الطلاق كما لو قال الزوج لرجل آخر طلق زوجتي متى شئت ومات الوكيل قبل اختيار طلاقها ، فلا ينتقل لورثته هذا الحق ، ويبدو من ذلك ان الخلاف بين ائمة المذاهب الاربعة في خصوص خيار الشرط من الخيارات ، فقد جوز انتقاله الى الوارث الشافعية والمالكيه ، وادعى الاحناف والحنابلة انه من الحقوق التي تقوم بصاحبها وترجع الى مشيئته واختياره واضافوا الى ذلك ان البائع قد رضي بخيار واحد ، فلو انتقل هذا الخيار للوارث لزم ان يتعدد الخيار بتعدد الوارث (١) .

وقال الاستاذ عمر عبد الله استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الاسكندرية : ان

---

(١) ص ٢٨٦ و ٢٧٧ من الفروق ج ٢ و ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من تهذيب الفروق المطبوع على هامش الكتاب المذكور .

الاحناف يرون خيار الرؤية من الحقوق التي غلب عليها الجانب الشخصي ، ومـا كان كذلك لا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل ، واضاف الى ذلك : ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا في الحقوق التي لهـا شبهان شبه شخص وشبه مالي ، ونص اكثرهم على انها تنقل بالارث ، ورجح الاحناف والظاهرية اتباع ابن حزم الظاهري عدم انتقالها ، ومن ذلك خيار الشفعة وخياري الشرط والرؤية لان هذه الخيارات تابعة لرغبة صاحب الخيار ومشيئته ، والوارث لا يرث غير الاموال ، وادعى المؤلف المذكور ان المحاكم الوطنية في مصر الى تاريخ ١٩٣٩ لم تتخذ مبدأ عاماً في هذه المسألة ، وكانت تختلف في احكامها وعلى الاخص فيما يعود الى حق الشفعة ، ومن ذلك التاريخ اخذت مبدأ التوارث بعين الاعتبار ، لان الرجوع الى قانون الارث فيما ثبت كونه مالاً ، اما كون الشيء مالاً او ليس بمال فالمرجع فيه هو القانون الوضعي ، وقد نص على ان كل متقدم نافع للانسان يصح ان يستأثر به دون غيره فهو مال ، وكما يكون المال مادياً كالاعيان يكون معنوياً كالحقوق التي لا تدرك الا بالتصور ، والاستشفاع من الحقوق التي توافرت فيها عناصر المالية ، وهي النفع ، والتقوم والاستئثار فوجب كونه مالاً ، وكل مال يورث (٢) .

وقد قاس الأصناف المنافع على الحقوق ، وذهبوا الى ان المنـــافع لا تورث سواء كان تملكها بعوض كالاجارة او بغيره كالوصيـــة ، فمن استأجر داراً لمدة ثلاث سنوات مثلًا او اكثر ، ومات قبل انتهاء المدة تبطل الاجارة ، ولا ينتقل حقه لوارثه ، ومن اوصي له بمنفعة عقار لمدة عشر سنوات مثـــلًا ، ومات قبل استيفاء تمام المنفعة تنتهي الوصاية بوفاته ، ولا ينتقل حقه فيهـــا لوارثه ، وعللوا ذلك بأن المنافع من الاعراض ، والاعراض تتلاشى بمجرد وجودهـــا ، والذي يقبل الانتقال بالارث لا بد من بقائه على ملك المورث الى اللحظة الاخيرة من

---

(١) انظر احكام المواريث لعمر عبد الله ص ٢٠ و ٢١ و ٢٢ وانظر بداية المجتهد لابن رشد ص ٢٠٩ و ٢١٠ .

وفاته ، ولا يتـــأتى ذلك الا في الأمور الثابتة المستقرة (١) ومن مجموع هذه الآراء المتضاربة المنسوبة الى ائمة المذاهب الاربعة تبين ان الخلاف بينهم في الحقوق وآثارها مرده الى ان الحقوق التي وقع الخلاف فيها ، هل هي من صفات صاحب الحق بنحو تتعلق بشخصه ، او انها متعلقة بالمال او الشيء موضوع الحق،واضافتها الى صاحب الحق باعتبار انه المـــالك للحق ، من حيث ان الحق لا بد فيه من الاضافة بين من له الحق وبين متعلق الحق ، وتلك الاضافة تسمى حقـــاً ، فاذا مات صاحب الخيار او من له الشفعة تبدل طرف الاضافةمن المورث الىالوارث، ويبدو من القائلين بأن حق الشفعة والخيار بأقسامه ينتقل الى الوارث وغيره قد اخذ هذه الناحية بعين الاعتبار ، كما اخذ القائلون بعدم انتقـال هذه الحقوق الى الوارث وغيرهم بالناحية الأولى هذا من حيث الخلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الاربعة .

اما خلافهم مع الجعفريين في هذه المسألة فليس من جهة ان هـذه الحقوق من الأوصاف المختصة بمن له الحق او انها متعلقة بالاعيان والمنافع واضافتها الى الشخص باعتبار انه المالك لها ، بل من جهة ان الامور التي يعتبرونها من الحقوق منها مـا هو من الاحكام ، ومن امثلة هذا النوع ولاية الحاكم ، وحق الاباء على الابنـاء وحق الجار على الجار ، والمؤمن على المؤمن ، ورجوع الواهب بالهبة ونحو ذلك ، وهذه لا تسقط ولا تنتقل الى الغير من جهة انها من الاحـــكام المجعولة للشارع في مواردها لا من جهة قيامها بالاشخاص المخصومين ، والاحكام امرها بيـد المشرع ، ولا سلطنة للمكلف عليها رفعاً ووضعاً كما ذكرنا .

والقسم الآخر منها كحق الشفعة والرهانة والخيارات بجميع اقسامها وحق الانفاق للزوجة الثابت على الزوج وحق القصاص الثابت للمجنى عليه في رقبةالجاني وحق الدائن في اموال المدين ونحو ذلك ، وهذه الحقوق تسقط بالاسقاط وتنتقل

---

(١) المصدر السابق ص ٢٣ .

الى الوراث وغيرهم ، وقد ادعى الشيخ الانصاري في مكاسبه الاجماع على ذلك (١) كما نص غيره من فقهاء الشيعة عليه ايضاً اما بالنسبة الى منافع الاعيان المستأجرة والموصى بها وغير ذلك سواء كانت بعوض او بدونه ، هذه المنافع وان لم تكن من الأعيان الخارجية القائمة بذاتها ، الا انها من الأموال بنظر العرف ، ولهـا وجود مستقل عندهم ، ولذلك يبذلون الأموال في مقابلها وتختلف الرغبات فيها تبعاً للمصالح والأغراض القائمة في نفس المالك والمستأجر ، ولو كانت من الاعراض التي تتلاشى تدريجاً مع الزمن والتي لا وجود لها الا في ظرفهـا لزم ان لا تصح المعاوضة عليها ولا الوصية بها ، مع ان انصار هذا الرأي لا يلتزمون بذلك بـل يصححون عقد الاجارة عليهـا والوصية بها امداً طويلاً ، وليس ذلك الا لأنهم ينظرون اليها مجردة عن الزمان والمكان ويفرضونها امراً قائماً بذاته ، وقـد نص فقهاء الشيعة على ان منفعة الدار المستأجرة والموصى بها لشخص تنتقل الى ورثتـه بموته لانها من جملة امواله ، ومجمل القول ان فقهاء الجعفريين فرقوا بـين الحق والحكم والملك من الناحية الموضوعية ومن ناحية الآثار والخصوصيات الثابتة لكل واحد منها كما اشرنا الى جانب من تلك الفوارق التي وردت في مجاميعهم الفقهية .

وقد فرق الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق بين الحق والرخصة بما يرجع بالنتيجه الى ما ذكره الجعفريون بين الحق والحكم ، ونص على ان الحق الذي يعنيه هو الحق الشخصي والعيني . كما ورد التعبير عنها في الفقه الغربي المقابل للفقه الاسلامي ، ولم يتعرض لكل انواع الحقوق كحق الله سبحانه والحقوق الشخصية الاخرى كحق الجار على الجار والانسان على الانسان وغيرهمـا من الحقوق التي ليس لها قيمة مالية ، واقتصر في حديثه على الحقوق التي لها قيمة مالية .

وقد عرف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ، كمـا عرف الرخصة بأنهـا اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة ،

---

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث احكام الخيارات .

وعد من ذلك حرية العمل والتنقل ، والتعاقد ، والتملك ونحو ذلك من الحريات التي اباحها القانون لكل انسان ، واعتبر هذه الحريات من نوع الرخصة ، كما اعتبر الملكية الحاصلة باسبابها من نوع الحقوق ، واضاف الى ذلك ان ما بين الحق والرخصة منزلة وسطى ، هي اعلى من الرخصة وادنى من الحق هذه المنزلة الوسطى هي الشروع في اسباب التملك فحرية التملك التي اعطاها الشارع للانسان هي الرخصة ، والشروع في اسباب التملك وقبل انتهائها هي المنزلة الوسطى ، والملك الحاصل من اسبابه مهما كان نوع الملك هو الحق ، فالمشتري قبل ان يصدر منه ومن البائع العقد له ان يتملك ، وهذه هي الرخصة ، وبعد صدور الايجاب من البائع وقبل صدور القبول منه اصبح المشتري في منزلة وسطى ، لانه في هذه الحالة يملك اكثر من حرية التملك باعتباره مشرفاً على التملك ، وبعد صدور القبول من المشتري يصبح مالكاً ، وقد اكد ان المنزلة الوسطى لم يغفل عنها الفقه الاسلامي بدليل ما جاء في الفروق للقرافي في تحديدها .

قال في الفروق : من ملك ان يملك ، كمن كان متمكناً من تملك اربعين شاتا مثلاً ، او كان قد تمكنا من الزواج مثلاً و امثال ذلك ، لا يعد مالكاً ولا متزوجاً ، ومن جري له سبب يقتض المطالبة بالتملك كما لو حاز المجاهدون الغنيمة ، او باع احد الشريكين نصيبه في العقار ، وفيما لو كان الشخص مستحقاً لأن يؤخذ من بيت المال بأن كان فقيراً ومجاهداً مثلاً ، ففي هذه الامثلة وإن تهيء له سبب التملك الا انه لا يعد مالكاً قبل قسمة الغنائم(١) كما وان الشريك لا يملك السهم الذي باعه شريكه الا بعد الاخذ بالشفعة ، والفقير لا يملك من بيت المال الا اذا طالب واعطي منه(١) واضاف الى ذلك : ان من تم في حقه سبب الملك كمن

---

(١) وقد اختار الشافعي في المجاهدين انهم يملكون بمجرد الحيازة وقبل القسمة .

(٢) كما هو المشهور بين الفقهاء ، ورجح بعضهم انه لو يسرق من بيت المال لما يحد اذا كان فقيراً ، لانه بوجود سبب التملك اصبح مالكاً .

اشترى ارضاً او ورثها او حازها ، او اخذ بالشفعة سهم شريكه الذي باعه لغيره يكون مالكا في هذه الحالات»(١) . فهذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلةالوسطى والحق كما مثل لها في الفروق ونص عليها السنهوري في مصادر الحق في الفقه الاسلامي تلتقي مع الحكم والحق والملك في عرف الفقهاء الجعفريين ، ذلك لانه قد عرف الرخصة بأنها اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة فهي بهذا المعنى لا سيما بعد ملاحظة الامثلة التي اوردها لها تلتقي مع الحكم لأنه عبارة عن المجعول الشرعي سواء كان بنحو الاباحة او الالزام ، واباحة التملك المعبر عنها بالرخصة من جملة افراده .

والمنزلة الوسطى تلتقي مع الحق حسب اصطلاح الفقهاء الجعفريين للحق ، لأنها عبارة عن حق الشخص في التملك بعدوجود سبب الملك كما جاءفي الفروق واختاره السنهوري في مصادر الحق ، وبعد ملاحظة الأمثلة التي اوردها في الفروق للمنزلة الوسطى ، يتأكد وجه الشبه بينها وبين الحق في اصطلاح الجعفريين ، فلقد مثل لذلك بما لو حاز المجاهدون الغنيمة ، وعد الحيازة من اسباب الملك الذي لا يتم الا بالقسمة ، وبما لو باع احد الشريكين نصيبه في العقار المشترك، وعد بيع الشريك لحصته من اسباب تملك الشريك الآخر لها الذي لا يتم الا بعد الأخذ بالشفعة والمثالان من مصاديق الحق عند الجعفريين ، كما يبدو ذلك عن الأمثلة التي أوردها الاستاذ شفيق شحاتة في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، فلقد مثل للمنزلة الوسطى بما لو قبض احد الدائنين شيئاً من الدين المشترك ، فان المقبوض يكون ملكاً للقابض ، وللدائنين الباقين حق في المقبوض يستحقون منه ، فاذا اعلنوا عن ارادتهم في ذلك يملكون سهامهم فيه ، ومقتضى

---

(١) الفروق للقرافي م ٣ ص ٢٠ و ٢١ .

ذلك ان بقية الدائنين لا يملكون سهامهم ملكاً كاملًا الا بعد ان يطالبوا بسهامهم في المقبوض .

ومذهب الفقهاء الجعفريين في هذه المسألة هـو اشتراك الجميـع في المقبوض ولم يخالف في ذلك الا ابن ادريس الحلى وبعض الفقهاء رجح كون المقبوض ملكاً للقابض وحده .

واضاف الاستاذ شحاته الى المثال الاول : ما لو جنى العبد فان حق المجني عليه يتعلق بالجاني ويصبح مملوكاً له عندما يدفعه المالك اليه «١» .

ومن ذلك يتبين ان المنزلة الوسطى التي تعرض لها الفقه العربي تتحد مع الحق حسب الاصطلاح الفقهي عندالجعفريين لانهم قد مثلوا له بعين هذه الامثلة وغيرها.

ويدعي الاستاذ السنهوري : أن الفقه الغربي لم يتبين هذه المنزلة الوسطى الا بعد أن ارتقى ووصل الى مرحلة بعيدة ، وقد سماها أحد رجال القانون «بالحق المنشيء » ، وعرفه بأنه مكنة تعطى للشخص بسبب امر قانوني خاص في ان يحدث أثراً قانونياً بمحض ارادته ، ومثل لذلك بحق البائع باسترداد الحصة المبيعة وحق الشفيـع أن يأخذ بالشفعة «٢» .

ومن مجموع ذلك تبين ان هذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلة الوسطى والحق ترادف الحكم والحق والملك حسب اصطلاح الشرعيين ، ولا يختلف الحال بينهما الا بالتسمية . وقد بينا أن الحق الذي هو قسيم للرخصة والمنزلة الوسطى ، هو في الفقه الغربي عبارة عن الملكية التي لا تحصل الا بعد وجود الأسباب الكاملة للملك ، ومعنى

---

(١) انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامي رقم ١ ص ٥ و ٦ .

(٢) المصدر السابق ص ٥ .

ذلك ان الحق والملك في واقعها شيء واحد ولا يختلف الحال بينها الا بالتسمية .

وقد رجح ذلك جماعة من الجعفريين ومنهم السيد الحكيم في نهج الفقاهة . قال في الكتاب المذكور بعد أن أورد مجموعة من الامثلة كشاهد على اتحادهما وان بعضها يختص باسم الحقيــــة وبعضها باسم الملكية ، فليس الاختلاف بينهما الا بحسب المورد (٣) .

*
* *

(١) انظر ص ٧ من الكتاب المذكور .

الحق الشخصي والحق العيني

٣

لقد ذكرنا أن الفقه الغربي قد تعرض للرخصة والمنزلة الوسطى والحق، وذكرنا أن الفقه الاسلامي قد بحث هذه المراحل الثلاثة تحت عنوان الحكم والحق والملك، وتقسيم الحق الى شخصي وعيني من المصطلحات التي اختص بها الفقه الغربي ومع أن الفقه الاسلامي لم يميز بين هذين الحقين واكتفى ببيان معنى الحق الجامع لهما الا أنه اعطى من الأمثلة ما يصلح لكل منهما، على أن القوانين المدنية لم تتفق على التمييز بينهما، فلقد حاول بعض الفقهاء الغربيين تحطيم هذا التقسيم والغاء جميع الفوارق الجوهرية بينهما، ولكن هذه المحاولة لم تنجح عند أكثر المشرعين (١) .

ومهما كان الحال فالحق الشخصي يرادف الالتزام حسب اصطلاحهم، وقد عرفوه بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين مثلاً يلزم المدين بموجبها أن يعطي الدائن شيئاً، وأن يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل وبهذا التعريف قد عرفوا الالتزام أيضاً وصرحوا بأنه لا يرد على شيء مادي معين بالذات بحيث يخول صاحبه سلطة على ذلك الشيء، وانما هو سلطة يعطيها القانون لشخص على شخص آخر من حيث الزامه بشيء معين، وهو تارة ينشأ عن الالتزام بالدين، كما لو وجب في ذمة المديون

---

(١) انظر ص ١٠ و ١٠٤ و ١٠٥ من الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري

مقدار من المال بمقتضى عقد القرض الحاصل بينهما ، او الغصب او ثمن البيع اذا كان مستحقاً في ذمة المشتري .

وأخرى من الالتزام بالعين ، وهو أي الالتزام بالعين محله الأعيان المعينة بالذات ، كما لو وقع عقد البيع على عين معينة ، فالبيع يلزم البائع بتسليم تلك العين الى المشتري .

ومن أمثلته أيضاً ما لو استأجر انسان عيناً ليستوفي منفعتها ، فعقد الاجارة يلزم المؤجر بتسليم العين الى المستأجر المالك لمنفعتها بمقتضى عقد الاجارة ، ولا ينحصر الإلتزام بتسليم العين بالعقد،بل يكون بغيره كما لو أوصى شخص لآخر بمنفعة العين أو بعين معينة ، أو غصب انسان عينا معينة ، فالوصية والغصب ينشئان التزاما على الموصي والغاصب بتسليم العين الى الموصي له والى المالك .

وقد يحصل الحق الشخصي من الالتزام بعمل كما لو استأجر انسان شخصاً على عمل معين ليقوم به العامل من غير فرق بين تحديد زمان العمل وعدمه ، فالالتزام بالعمل يحصل منه ارتباط بين شخصين ويحدث سلطة قانونية للمستأجر على الأجير لايجاد العمل المستأجر عليه الى غير ذلك من الامثلة التي يحصل منها ارتباط بين شخصين او أشخاص ، وبهذه الواسطة يجعل القانون سلطة لشخص على آخر بتسليم الاعيان او الأعمال التي التزمها أحدهما للآخر .

وأما الحق العين كما ورد في مصطلحاتهم ، فهو عبارة عن سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات تخوله ان يتصرف فيه بما توحيه اليه مصلحته ، وقد مثلوا له بحق الملكية المتعلق بالأعيان الخارجية ، فالعين المملوكة قد جعل المشرع لمالكها سلطة عليها يتصرف بها بما يحقق له مصالحه وأغراضه ، وبالاضافة الى ذلك. قد فرض القانون على كافة الناس احترامها بحيث لا يسوغ منافسة المالك ولا معارضته في التصرف بها .

والمائز بين الحقين الشخصي والعيني ، ان الحق الشخصي هو تسلط شخص على آخر بسبب التزامه له باداء امر معين كما جاء في الأمثلة السابقة وكما في سلطة الدائن على المدين وسلطة مالك العين على الغاصب ليردهما اليه فلم يتعلق الحق في هذه الأمثلة بشيء معين بالذات بصفة مباشرة ، وليس الأمر كذلك في الحق العيني فانه عبارة عن تسلط المالك على العين المملوكة يتصرف بها بجميع الانتفاعات والتصرفات المستوحاة من مصلحته بشرط ان لا يضر بالآخرين ، فللمالك ان يبني داره ويحفر في ملكه بئراً ويتصرف به كما يشاء اذا لم يؤدي ذلك الى الاضرار الفاحش بالغير ، والمراد من الضرر الفاحش ، هو ما يكون سبباً للخلل ببناء جيرانه ، او يمنعهم عن استيفاء المنفعة التي من اجلها اوجد البناء ونحوذلك . أما اذا كان تصرف المالك موجباً لتفويت منفعة الجار من غير ان يلحق بهضرراً، او يفوت عليه تحصيل المنفعة التي كانت السبب في بناء الدار مثلاً ، هذا النحو من التصرف لا يوجب رفع سلطنة المالك لأن فوات المنافع لا يعد ضرراً في في الغالب (١) .

وقد نص فقهاء الشيعة على تحديد سلطنة المالك اذا لزم منها الاضرار بالغير ، وصرحوا بأنه لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بغيره ، فليس له ان يحفر بئراً يضر ببناء جاره ، ولا ان يهدم داره اذا استلزم هدمها تصدع دار الغير ونحو ذلك من التصرفات ، لأن سلطنة المالك على ملكه محكومة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام (٢) هذه القاعدة المستوحاة من قول الرسول : لا ضرر ولا ضرار في الدين ، وقد جاء في الحديث ان سمرة بن جندب كان يملك نخلة في دار لرجل من المسلمين في المدينة ، وقد تكرر دخول سمرة الى الدار

---

(١) مصادر الحق السنهوري ص ٢٧ .

(٢) المراد من حكومة لا ضرر في الاسلام على قاعدة السلطنة ، هو خروج هذا الفرد من السلطنة عن السلطنة العامة المجعولة للمالك على ملكه ، ولازم ذلك عدم شمول القاعدة لمثل هذا النوع من التصرف بواسطة الدليل الحاكم وهو لا ضرار في الاسلام .

بدون ان يستأذن من مالكها ، فشكاه الى الرسول (ص) فامره ان يستأذن مالك الدار عندما يريد ان يدخل لإستغلال نخلته ، فأبى ان يستأذن منه محتجاً بأن تسلطه على ملكه يسوغ له الدخول والخروج ، فقال النبي (ص) لمالك الدار : اقلع له نخلته لا ضرر ولا ضرار في الدين ، ومعنى ذلك ان الأديان لا تشرع حكما او حقاً يؤدي الى الضرر ، والسلطنة التي يلزم منها الضرر بالغير ليست مجعولة في الاسلام .

ومهما كان الحال فالحق العيني ينقسم الى اصلي وتبعي ، فالأصلي كما يكون في الأعيان المملوكة ملكية كاملة يكون بملكية المنافع ايضاً وان لم تكن نفس العين مملوكة له ، وذلك كما لو استأجر عيناً للأنتفاع بها ، او استعارها بناءً على ان العارية عقد مملك كما يدعي المالكية ، وكما لو اوصى شخص لاخر بمنفعة العين بعد موته ، فأن الموصى له يملكها بعد الموت ، فالحق العيني في هذه الامثلة ونحوها يقوم بالمنفعة لأنها ملك للمستأجر والمستعير والموصى له في الامثلة الثلاثة ، والعين لمالكها ليس له ان يتصرف بها او ينتفع كما لا يجوز له ان يتصرف في العين ذاتها الا بإذن صاحب المنفعة .

ويدعي السنهوري ان صاحب المنفعة لا يملك بيع العين الا باذن صاحب المنفعة سواء كان مستأجراً او مالكاً للمنفعة بسبب اخر ، ونسب هذا الرأي الى الفقه الاسلامي ، واضاف ان القوانين الغربية تنص على ان صاحب العين يملك بيعها ولو لم يأذن المنتفع ،والمؤجر له ان يبيع العين المستأجرة بدون اذن المستأجر ويبقى حق المنتفع والمستأجر فيالعين نافذاً بالنسبة للمالك الجديد ، وتبقى العين في يده مساوبة المنفعة الى ان يستوفي حقه من الانتفاع بها (١) .

وتلتقي القوانين الغربية مع الفقه الشيعي في هذه المسألة ، فقد نص فقهاء

(١) مصادر الحق ص ٣١ .

الشيعة في مجاميعهم الفقهية بأن المالك له ان يبيع العين المستأجرة بدون اذن المستأجر ، وتنتقل الى المشتري مسلوبة المنفعة ، ويبقى حق المنتفع قائماً في العين بمقدار ما يسهل له استيفاء المنفعة التي ملكها بالاجارة او بغيرهـا من الاسباب .

قال السيد كاظم في العروة الوثقى : يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة ، ولا تنفسخ الاجارة به فتنتقل الى المشتري مسلوبة المنفعة مدة الاجارة نعم للمشتري مع جهله بأن العين مستأجرة الخيار في فسخ البيع لأن نقص المنفعة من العيوب التي تسوغ الفسخ » .

والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك اعتماداً على النصوص التي تجيز للمالك البيع ، على ان ذلك من مقتضيات سلطنة المالك على ملكه التي لا تزاحم حق المستأجر عند الجعفريين. اما الحق العيني التبعي فهو عبارة عن تعلق حق الدائن بالعين المرهونة ضماناً لدينه ، وحق التحجير على المال المتعلق في مال المديون لغاية استيفاء الدين منه ، ومن امثلة ذلك ما لو باع انسان عيناً ولم يقبض الثمن ، فله ان يحبس المبيع عن المشتري حتى يدفع له الثمن (١) وللمستأجر فيما لو انفسخت الاجارة بأحد الاسباب اذا كان قد دفع الاجرة ان يحبس العين المستأجرة حتى يقبض ما دفعه في اجرتها ، وللودعي فيما لو انفق على العين المودعة عنده بإذن القاضي ان يحبس العين حتى يقبض ما انفقه عليها ، فالحق في هذه الموارد وامثالها باعتبار انه متعلق بالعين كان حقاً عينياً ، وباعتبار ان مصدره الدين الذي يملكه على صاحب العين فهو تبعي ، ومعنى ذلك انه قد اصبح

---

(١) قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب ، لو لم يبذل البائع المبيع واراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف ، وكذا للمشتري حبس الثمن ، وقد علل ذلك بان عقد البيع مبني على التقابض من كلا الطرفين ، ومقتضى ذلك ان كلا منهما قد التزم للآخر بتسليم العين التي ملكه اياها بالعقد ، ونتيجة هذا الالتزام عدم كونه ملزماً بتسليم العين اذا لم يستلم عوضها .

حقاً عينياً لغايـة التوثق والاطمئنان على المال الذي يملكه في ذمة الراهن في مثال حق المرتهن في العين المرهونة ، وفي ذمة المشتري في مثـــال البيع اذا لم يقبض الثمن ، وكذا الحال بالنسبة الى العين المودعة كما ذكرنا .

وليس للراهن ان يتصرف في العين المرهونة ، ويقع تصرفه فاسداً ، اما في القوانين الغربية فيصح تصرفه بالبيع او بغيره من عقود المعاوضات ، ويصبح الثمن رهناً محل العين ، ولو اراد المرتهن ان يستوفي دينه من العين المرهونـــة يكون اولى من جميع الغرماء لأن حق المرتهن قد تعلق بمالية العين المرهونة (١).

وقد نص فقهاء الشيعة على ان المرتهن احق من جميع الغرماء في العين المرهونة قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة : اذا كان الراهن مفلساً ومات وعليه ديون للناس ، كان المرتهن احق من باقي الغرماء باستيفاء حقه من الرهن ، فإن زاد عن حقه شيء يوزع على الباقين بالحصص ، وان لم يفي الرهن بمال المرتهن شارك الغرماء بما يبقى له في اموال المفلس ، ومن خصوص بيع الراهن للعين المرهونة فقد نص جماعة من الفقهاء على انه لا يحق له ان يتصرف فيها بالبيع وغيره من النواقل الا بأذن المرتهن ، ولو اذن له يبطل الرهن ولا يكون الثمن رهناً ، الا اذا كان حق المرتهن في الدين حالاً ، فلو اذن له في هذه الحالة كان الثمن رهناً ، كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير ، والشيخ الطوسي في المبسوط ،والشهيد في الدروس ، وعلل ذلك في الدروس ، بأن مرجع الاذن في هذه الحالة الى نقل الوثيقة من العين الى الثمن وان الأذن في بيعها مفاده بنظر العرف وضع الثمن محلها (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان الامثلة التي اوردها المؤلفون في الفقه المدني للحق

---

(١) مصادر الحق ص ٣٢ ٢ - انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن لا الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي كتاب الرهن .

الشخصي والعيني بقسمية قد اوردها الجعفريون وغيرهم من فقهـــاء المسلمين في مجاميعهم الفقهية وتكلموا عنهـــا بإسهاب في العقود المختلفة التي تستعمل لانشاء التمليك والرهن والقرض ونحو ذلك ، ولم يتكلموا عنها باعتبار انهـا من الحقوق الشخصية او العينية ، ذلك لأن تقسم الحقوق الى الأقسام الثلاثة من مختصات الفقه المدني كما ذكرنا ، ولم اعثر على هذا الاصطلاح في الفقه الجعفري لغير الفقيه الشيعي الشيخ هادي الطهراني في كتابه الذي شرح فيه البيـع من كتاب الشرائع ،فلقد اشار الى الاقسام الثلاثة في اثناء حديثه عن اقسام السلطنة ، قال: السلطنة اما على الشخص ، واما على العين، والسلطة على الشخص اما من حيث الدين الثابت بذمته، واما من حيث الحق الثابت له عليه كحق الشفعة الثابت في العين المشتركة بينه وبين شخص آخر ، وكذلك حق الخيار والقصاص .

والسلطة على العين هي عبارة عن السلطنة على المال ، اما بملكية العين ملكية مطلقة من جميـع الجهات ، واما بملكية الانتفاع بها او المنفعة كما في الإجارة ، فللمستأجر سلطة على العين المستأجرة لجهة الانتفاع بها من حيث انه يملك المنفعـة بالعقد ، واضاف الى ذلك قوله : ومن الملك ما يتعلق بالشخص والمـــال معاً ، كالدين المتعلق بالذمة والعين المرهونة ، فان تسلط المرتهن على العين المرهونـــة لصيانة حقه الثابت في ذمة المستدين ، ومن امثلته تعلق حق الغرمـاء في اموال المفلس ، وفي اموال الميت اذا مات المديون ، فإن صاحب المال في هذين المثالين يتسلط على المال لاجل التوصل الى ماله الثابت في ذمة المديون «١» .

هذه الصور الثلاثة للسلطنة هي عبارة عن الحق الشخصي والعيني بقسميـــه الاصلي والتبعي كما يبدو ذلك من مقارنة هذه الصور الثلاثة بالاقسام الثلاثة للحق.

---

(١) انظر كتاب البيع للطهراني ص ١٩ و ١٧ .

التي ذكرها السنهوري والدكتور سليمان مرقس وغيرهما .

ومهما كان الحال فسواء وردت هذه المصطلحات في الفقه الاسلامي الجعفري او لم ترد فالامثلة التي ذكرت في الفقه المدني للاقسام الثلاثة قد تعرض لها الشرعيون وبحثوها بحثاً دقيقاً مفصلاً على اساس انها من الحقوق المجعولة ناسباً بها وفرقوا بينها باعتبار الآثار والاحكام المترتبة على كل واحد منها ، وكل ما في الامر ان الفقه الجعفري لم يفرق بين هذه الامثلة من حيث تسميتها بهذه الاسماء .

على ان جماعة من علماء الحقوق الحديثة لا يسلمون بهذه التفرقة بين الحق الشخصي والعيني ، فمنهم من يجعل الحقوق كلها عينية متعلقة بالمال لا بالذمة ، ومنهم من يجعلها شخصية متعلقة بالمكلف اي بشخص بعينه ، ولكن النظرية السائدة الشائعة بين الفقهاء هي التفريق بين انواع الحقوق «١» وهو ما عليه الفقه لأسلامي كما ذكرنا حيث انه رتب عليها احكاماً كثيرة تختلف حسب تعلق الحق بالمال أو بالذمة ، نذكر منها ما يلي :

١ ـ ان الغاصب اذا غصب عيناً وباعها او وهبها الى غيره وتناقلتها الايادي ، فصاحب العين له ان يتتبع الشيء الذي تعلق به حقه اينما كان ومهما كان السبب الناقل لها ، وينتزعه ممن هو بيده . أما إذا تلفت العين المغصوبة في يد الأخير مثلاً، فصاحب العين المرادف في المقام للحق الشخصي له ان يرجع على الغاصب الأول بضمان العين لان حقه متعلق بذمته «٢» .

٢ ـ لصاحب الحق المتعلق بالعين كما في العين المرهونة الأولوية على بقية الغرماء في

---

(١) انظر الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ص ١٦ .
(٢) انظر كتاب الغصب من الجواهر للنجفي ، والمكاسب للشيخ الانصاري مسألة تعاقب الايادي .

استيفاء دينه من العين المرهونة ويتقدم في ذلك على بقية الدائنين ، فان زاد منها شيء اشترك الغرماء فيه بالسوية ، اما بقية الدائنين الذين لهم حقوق في ذمـــة المفلس فتوزع عليهم امواله بنسبة ديونهم مهما كان مصدر حقهم او تاريخه «٣» الى غـير ذلك من الامثلة التي فرق فيها الشرعيون بين تعلق الحق بالعين المسمى في عرف المدنيين بالحق العيني ، وبين تعلقه بالمكلف المسمى في عرفهم بالحق الشخصي .

*
* *

(١) انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن والجواهر كتاب الرهن والحجز ،

الذمة في الفقه الجعفري

٤

لقد استعمل الفقهاء لفظ الذمة في الفقه الاسلامي في كثير من الموضوعات الفقهية ، كالدين والضمان والحولة والكفالة ، بل وفي العبادات كالصلاة والزكاة ، وفي عقود البيع كالسلم بالنسبة الى المبيع ، والنسيئة بالنسبة الى الثمن وغير ذلك من المباحث الفقهية المختلفة ، ويمكن القول بأن بعض المباحث الفقهية كالدين والضمان ونحوهما ترتكز في الواقع على فكرة الذمة ، ومع ذلك فلم يتكلم الفقهاء في الذمة باعتبارها موضوعاً مستقلاً كغيرها من المواضيع التي ربما لا تكون لها تلك الاهمية ، ويبدو من الموارد المختلفة التي تكرر فيها هذا اللفظ ، انها تؤدي معنى الوعاء الأعتباري الذي يقع ظرفا للديون والحقوق الثابتة على الانسان.

وهي بهذا المعنى ليست بعيدة عن المعنى اللغوي الذي هو عبارة عن العهد ، وسمي العهد ذمة لان نقضه وعدم الوفاء به موجب للذم ، وقد جاء في الحديث : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم » والمقصود من ذلك ان أحد المسلمين اذا أعطى عهدا للعدو بالأمان سرى ذلك على الجميع ، فليس لهم أن يخفروا عهده ، ومن ثم ايضاً كان من يستوطن بلاد المسلمين من اهل الكتاب اذا التزم بالشروط التي اقرها الاسلام من اهل الذمة اي داخل في عهدتهم وامانهم ، وكما ذكرنا ان الموارد التي تكرر فيها لفظ الذمة في مختلف المواضيع الفقهية هذه الموارد يستفاد منها ان الذمة امر اعتبره الشارع في الانسان بنحو يكون صالحاً

للالزام والالتزام ، ولان يكون مسئولا تجاه الله والمجتمع والقانون ، وتلك الصلاحية مرة تكون بنحو يصلح للأداء والتنفيذ ، واخرى بنحو يكون موضوعاً لتلك الاحكام المجعولة له وعليه ، فالصغير حين وجوده وفي حـال طفولته لا يصلح لاداء شيء من التكاليف المفروضة على الناس ، ولا تكون اعماله نافذة في حقه وملزما بشيء منها ، فاذا بلغ سن الرشد صلح لاداء التكاليف وتصح منـه جميع الاعمال التي اعتبرها الشارع موضوعـاً لاثر شرعي ، كالطلاق والعقود والضمان وغير ذلك من معاملاته وعباداته ، فأهلية الانسان وصلاحيته لان يكون موضوعاً للتكاليف ومسئولاً عن تصرفاته لا تعني انه يصلح لتعلق التكليف به من حين وجوده وتحقق انسانيته ، وانما هي عبارة عن كونه صالحاً لان يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه ، وللواجبات المتعلقة بالانسان شرعيـة كانت ام غيرها ، وتتكامل صلاحيته وتصبح فعلية بعد ان كانت في الادوار الاولى من حياته لا تزيد عن كونه قابلًا لان يكون محلًا لتعلق التكاليف به الى ان ينتهي الى مرحلة البلوغ والرشد ، تلك المرحلة التي ينتقل فيها الانسان من دور الصلاحية بمعنى القابلية الى الصلاحية الفعلية ، نعم هو قبل ان تتكامل صلاحيته منذ ولادته يثبت له الحق كما يثبت عليه ، فيرث المال منذ طفولته بل وقبل ولادته ، كما يضمن ما يتلف بفعله من اموال غيره ، فالجنين قبل ولادته يرث المال وتصح له الوصية مع انه ليس له وجود مستقل في تلك الحالة ، ولا يجب عليه اي شيء لغيره ، فاذا انفصل حياً واصبح له وجود مستقل عن امه اصبح اهلًا لان يتحمل حقوق غيره فيما لو اتلف مال الغير او جنى عليه ، وتبقى له هذه الاهلية الى مماته ، وفي هذه المرحلة من وجوده يتولى وليه اداء ما عليه من حقوق الله كزكاة ماله ، وحقوق العباد فيما لو اتلف شيئاً من اموال الناس ، او جنى على غيره .

اما صلاحيته للأداء بمعنى كونه صالحاً لان يباشر اعماله ويؤدي ما عليه من الواجبات والحقوق هـذه الصلاحية لا تكتمل في الانسان الا بعد التمييز والبلوغ الشرعي الذي حدده الفقهاء الجعفريون ببلوغ الذكر خمس عشرة سنة ، وبلوغ

الانثى تسع سنين ، والمنسوب الى الاحناف انه لا يتحقق للانثى الا بعد ان تبلغ سبع عشرة سنة ، وللذكر ببلوغه ثماني عشرة سنة «١» .

وقد اجاز اكثر فقهاء الشيعة وصيته اذا كان مميزاً قد بلغ عشراً اذا كانت في وجوه البر والاحسان كبنـــاء المساجد وسائر المبرات والخيرات «٢» والى ذلك ذهب الشافعي وغيره من فقهاء المدينة ، وابطلها الأحناف على جميع التقادير «٣».

ومن المعلوم ان الجعفريين اذ يحددون البلوغ بهذا العـــدد من السنين فذاك بالنسبة الى التكاليف الشرعية كالعبادات ونحوها ، اما بالنسبة الى معاملاته وعقوده فلا بد مع ذلك من الرشد والتمييز كما تنص على ذلك الآية الكريمة .

قال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » «٤» ومقتضى ذلك ان الصبي اذا بلغ راشداً عاقلاً يصبح ممن له الاهلية الكاملة في عقوده وجميع تصرفاته ، فاجتماع الأمرين البلوغ والرشد هو المسوغ لاستقلاله في التصرف ورفع الحجر عنه

وقد اجاز جماعة من الفقهاء تصرفات الصبي المميز اذا اذن بها الولي،او اجازها بعد صدورها عنه ، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الانصاري في شروط المتعاقدين من المكاسب والسيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة . وقال الدكتور محمد يوسف : « ان الصبي قبل بلوغه سن التمييز في حال طفولته لا تثبت له اهلية الاداء لا كاملة

---

(١) انظر المدخل لنظام المعاملات في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٢٨ .

(٢) انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني كتاب الوصية ، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم ص ٣٨٠ من كتاب الوصية والحكم بصحة الوصية الصادرة من الصبي اذا بلغ عشراً هو المشهور بين فقهاء الشيعة ، وقد روي في ذلك محمد بن ابي عمير ابن ابا عبد الله الصادق « ع » قال اذا بلغ الصبي عشراً جازت وصيته .

(٣) المدخل لنظام المعاملات ص ٢٢٦ .

(٤) انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن وغيرهما من المجاميع الفقهية .

ولا ناقصة ، ويستمر بطلان تصرفاته مطلقاً الى ان يبلغ سن التمييز ، فاذا بلغها وصار عارفاً بالمراد من العقود وبمعان الألفاظ والعبارات الداله عليها تصح تصرفاته بأذن الولي لا يكون مضراً بحاله كالبيع والشراء وغيرهما من العقود التي يرجى نفعها ، وتصح منه ايضاً باجازة الولي لها » .

وقد تبين من مجموع ذلك ان الانسان قبل بلوغه سن الرشد والبلوغ ليس اهلاً للقيام بجميع التصرفات المالية لنفسه ولغيره ، وقد رفع الله عنه التكاليف الشرعية وآثارها ، كما نص على ذلك الحديث المروي عن النبي (ص) رفع الظلم عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يبرأ .

ولازم ذلك بطلان جميع افعاله وتصرفاته في هذا الطور من اطوار حياته ، اما لو ترتب على معاملاته اتلاف مال لغيره ، او قام بأي عمل من شأنه احداث خسارة مالية على غيره ، فأنه يكون ضامنا ، وتتعلق الغرامة بذمته ، كما تتعلق بها جنايته وكل ضرر مالي او بدني ناتج عن فعله مباشرة او تسبيباً ، حتى ولو صدر منه بدون قصد واختيار .

ومجمل القول ان الانسان في دور الطفولة اهل لأن يتعلق به الحق سواء كان له او عليه ، لأنه يملك المال ، وينتقل اليه بالأرث وغيره من اسباب التمليك ، كما تصح الوصية له بالمال ، بل تصح للحمل قبل ولادته ويملك الموصي به كما يملك نصيبه من الميراث قبل ولادته ، ويضمن ما اتلفه بأي نحو كان الاتلاف ، وهذا النوع من الأهلية هو المعبر عنه في كلمات السنهوري وسليمان مرقس وغيرهما باهلية الوجوب من غير ملاحظة الأسباب المنشأة لهذه الحقوق ، ويتمحض النظر فيها الى الشخص المعين بذاته مع قطع عن اسبابها وموجباتها . اما اهلية الأداء كما وردت في مصطلحاتهم ، فهي كون الشخص صالحاً لأن يباشر بنفسه عملاً له اثار شرعية او قانونية ، وهذه لا ينظر فيها الى نفس الحق ، بل الى الأسباب التي تنشأ الحقوق او تنقلها من حيث صدورها من شخص صالح لأن يباشر بنفسه التصرفات الناقلة كالبيع والهبة والاجارة والقرض وما اشبه ذلك من التصرفات المملكة او المبيحة للانتفاع بالمال او النفس ، فاهلية الوجوب حسب اصطلاحهم من خصائص

الانسان لانها تثبت له في جميع اطواره وحالاته ، ولكن اهلية الأداء لا تثبت له الا بعد التمييز والرشد كما ذكرنا ، وقد تعترضها بعض الحالات كالجنون والمرض والسفه وغير ذلك مما اعتبره الشارع من عوارض الأهلية التي تحد من اهليته للقيام بصلاحياته بحيث يصبح كالطفل الذي يحتاج الى من يدير شؤونه ويشرف على جميع تصرفاته وأفعاله ، وعلى جميع التقادير والأطوار التي يمر بها منـــذ طفولته اخر لحظة من حياته فالاطوار التي يمر بها منذ ولادته والحالات التي تعترضه بعدرشده لا تؤثر على ذمته ولا تمنع من تعلق الحقوق بها ، كما لا تمنـــع من ملكيته لميراثه والموصي به اليه وغير ذلك ممـــا لا يتوقف حصوله على انشاء اسبابه مباشرة او تسبيباً ، وهو المراد من اهليـة الوجوب التي تخلق مع الانسان وتستمر باستمرار وجوده مهما طرأ على حياته من الأعراض والتقلبات .

وكل ما في الأمر انا لا نحتاج الى اعتبار ذمة للانسان الا بالنسبة لمـا عليه من الحقوق والواجبات، وذلك لما ذكرناه اولاً من ان الذمة من الأمور الاعتبارية التي اعتبرها الشارع او القانون في الانسان كوعاء يستوعب ما عليه من الحقوق ولا نحتاج الى اعتبار وجودهـــا فيما يملكه الانسان لأن ملكه لا يثبت في ذمته ، وعليه فتفسيرها باهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان اهلاً لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه ، هذا التفسير يخرج الذمـة عن المعنى الشرعي المناسب لها «١» وبتعبير اوضح ليست الذمة بنظر الفقه الاسلامي الا كون الانسان بذاته صالحاً لأن يكون موضوعاً للحق الذي عليه بنحو يكون ذلك من خصائص انسانيته التي توجد بوجوده وتستمر بدوام وجوده مهما طرأ عليه من العوارض ، وان لم يكن مالكاً للتصرف في اموره قبل البلوغ والرشد وفي حال طرو العوارض

---

(١) انظر الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثـــاني لمصطفى الزرقا ص ١٢٥ و ١٢٦ ، ومن الذين فسروا الذمة باهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان اهـــلاً لان تتعلق به الحقوق التي له وعليه السهنوري والدكتور مرقس في كتابيهما الوسيط ونظرية العقد .

لاخرى التي اعتبرها الشارع سبباً لعدم نفوذ تصرفاته ، فكما يضمن البالغ الرشيد ما يتلفه مباشرة او تسبيباً يضمنه الصغير ولو في حال طفولته من غير فرق بينهما الا من حيث ان الكبير مكلف بأداء ما عليه ، والصغير يؤدي عنه وليه من أمواله التي بيده ، لأنه لا يصلح لتعلق الخطاب به ، وليست له اهلية التصرف في هذا الدور من ادوار حياته ، واذا لم يكن له مال يبقى في ذمته الى ان يصبح مالكاً والى هذا المعنى يشير السيد الجرجاني ، والجعفريون في فقهم ، قال الجرجاني : الذمة بمعنى العهد اي كون الشيء في عهدته ، واطلاق الذمة على العهد من حيث ان نقض العهد موجب للذم ، ومن المعلوم ان ثبوت الشيء في العهدة انما هو بالاعتبار الشرعي «١» .

وقال الجعفريون في فقهم : ان الذمة عبارة عن العهدة ، والى ذلك يشير الحديث عن النبي (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدي اي ان ما اخذته اليد يبقى في عهدتها الى ان تؤديه بنفسه او ببدله لو كان تالفاً «٢» وقد تكرر هذا الاستعمال للذمة في جميع الموارد التي تعرض فيها الفقهاء للضمان .

وقد ادعى القرافي في الفروق ان الذمة لا توجد للانسان الا حيث يصح توجه التكليف اليه ، قال في الفروق في الفرق بينها وبين اهلية التصرف : يعتقد جماعة من الفقهاء انها اهلية المعاملة ، فاذا قلنا زيد له ذمة معناه انه اهل لأن يعامل ، والواقع انها حقيقتان متباينتان ، وتحقيق التغاير بينهما ان بينهما عموما من وجه فيوجد كل منها بدون الآخر ويجتمعان معاً في مورد واحد واضاف الى ذلك : ان اهلية التصرف والمعاملة توجد بدون الذمة في الصبيان المميزين حيث تصح

---

١ ـ انظر تهذيب الفروق هامش كتاب الفروق ص ٢٣٧ .
٢ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري كتاب البيع في مسالة تعاقب الايادي .

معاملاتهم عند الأحناف والحنابلة والمالكية ولا ذمة لهم ، وتوجد الذمة بدون اهلية التصرف في العبيد فأنه محجوز عليهم لحق ساداتهم وان قلنا انهم يملكون واذا جنوا تتعلق الجناية بذمتهم فاذا اعتقوا يطالبون بها ، ومن امثلة ذلك ما لو تزوج العبد بدون اذن من سيده وفسخ السيد نكاحه فان المهر يتعلق بذمته واذا قام الصبي بعمل يوجب الضمان يكون كمن احدث سبب الضمان فيطالب به بعد بلوغه من غير ان يتعلق بذمته قبل بلوغه شيء ، وليس الأمر كذلك بالنسبة الى العبيد ، فانهم يطالبون بالحق من حين احداث السبب .

ومثل لصورة اجتماع اهلية التصرف والذمة في البالغ الرشيد حيث تنفذ تصرفاته ويتعلق الحق بذمته وانتهى من ذلك الى النتيجة التالية .

ان الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف بنحو يصبح قابلًا للالزام والالتزام ، وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن مجموعة من الأسباب البلوغ والرشد وعدم الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط الزمه الشارع ارش الجنايات ، واجور الاجارات ، واثمان المعاملات ونحو ذلك ، ومضى في سرد الفوارق بين الأمرين وانتهى الى ان الذمة لا توجد الا حيث يصح التكليف ، واهلية التصرف توجد بدون ذلك « ١ » .

والمتحصل من مجموع كلامه عن الذمة واهلية التصرف ان الذمة لا توجد في الانسان الا بعد البلوغ والرشد وعدم الحجر وكون الانسان صالحاً لان يتعلق به التكليف الشرعي ، ولا يشترط شيء من ذلك في اهلية التصرف وقد خالفه في ذلك صاحب تهذيب الفروق ورجح انها توجد بوجود الانسان وتلازم وجوده«٢».
وقد بينا رأي فقهاء الشيعة في الفرق بين الأمرين وبأن جميع التصرفات

---

(١) انظر الفروق المجلد الثالث في ض ٢٢٩ الى ض ٢٣٥ .
(٢) انظر ض ٢٣٧ من المجلد الثالث هامش الفروق .

الصادرة من الانسان في حـــال طفولته وعدم رشده ، كالبيـع والضمان والدين وسائر العقود المالية ، بل والعبادات . هذه التصرفات لا تصح منه في هذه المرحلة من مراحل حياته ، وذلك لأن الزامه بها مشروط بقابليته للالتزام، وهو مسلوب القابلية في هذه المرحلة من حياته ، وذلك لا ينافي ان يعتـــبر الشارع له في هذه الحالة ذمة تلازم وجوده وتكون بمنزلةالوعاء لغرامة مايجنيه على الأموال والأنفس بالافعال التي لم يعتبر الشارع في سببيتها للضمان شرطاً زائداً علىوجودهـــا المؤدي لاتلاف مال الغير باي نحو كان ، هذا كله بالنسبة الى وجود الذمـــة بوجود الانسان .

وقد اختلفت ارآء ائمة المذاهب في بقاء الذمـة بعد الموت وعدمه بمعنى ان الثابت في الذمة ينتقل بالموت الى اموال الميت ، او يبقى بذمته الى ان يستوفيه صاحب الحق من امواله .

فالمالكية وبعض الحنابلة يدعون ان الذمة تتلاشى بالموت ، فاذا مـــات وعليه ديون لغيره تتعلق بامواله وان لم يكن عنـــده من الاموال شيء تسقط الديون عنه .

ويدعي الشوافع وبعض الحنابـلة ان الذمة لا تتلاشى بالموت وتبقى الديون في ذمته الى ان توفى من امواله ، ومثلوا لذلك بما لو باع بعض الاعيان في حال حياته وقبل ان يردها المشتري بالعيب توفي البائع فان ذمته تكون مشغولةبالثمن الذي استلمته من المشتري ، وبما لو حفر حفرة في الطريق العام ، وبعـــد موته تردى بها انسان او حيوان ، فانه يكون مضموناً على الميت ، ويلتزمون ببقـــاء الديون التي كانت عليه في ذمته الى ان تؤدى لاصحابها او يضمنها احد عنه .وقال الاحناف ان الذمة لاتتلاشى بالموت ولا تبقى كما كانت في حال الحياة ولكنهـا تخرب بمعنى انها لم تعد صالحة لشيء ، وتقوى اذا ترك الميت مالاً او كفيلاً عنه فان لم يترك مالاً ولا كفيلاً سقط الدين عن ذمته ، واذا كان الدين مستفرقـاً

لامواله تبقى تركته بحكم امواله ، اما اذا كانت التركة اكثر من الدين فللاحناف فيها اقوال ثلاثة ، الأول : انها تبقى على حكم ماله ، وتخرج فيها ديونه ، الثاني : انها تنتقل الى وراثه ، الثالث : ان ما يقـــابل الدين يبقى بحكم امواله والزائد ينتقل لوراثه «١» .

وقد اجمع فقهاء الشيعة على ان الذمة تتلاشى بالموت ، ولا يبقى للانسان ذمة بعد موته ، ذلك لأنها عبارة عن كون الشيء في عهدته بمعنى انه مسئول عما هو عليه وملزم برده الى مستحقه ، والميت لا يتصور في حقه ذلك ، لانه اشبه بالجماد ، ولذا فهو لا يملك شيئاً بعد موته ، لأن الملك اضافة بين المالك والمملوك ، والميت لا يصلح ان يكون طرفاً للاضافة .

ومما يؤيد ان الذمة تتلاشى بالموت ان الدين المتعلق بذمـــة الانسان يتعلق بامواله عند موته وينتقل حق الغرماء اليها ، ولا يملك الوارث الا ما يبقى منها بعد وفاء الدين كما تنص على ذلك الآية الكريمة . من بعد وصية يوصى بها او دين .

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه : وحيث ان الميت لا ذمة له تعين الوفاء من المال الموجود لانطباق الكلي الذي اشتغلت به ذمته على الصداق المنحصر فيه «٢» .

على انه اذا لم يملك المال الذى كان في يده فبقاء الدين في ذمته لغو لا تترتب عليه اي فائدة ، هذا بالاضافة الى ان الاحكام تكليفية كانت ام وضعية لا تتعلق بالمعدومين والميت بحكم العدم ، والأمثلة التي اوردهـــا الشوافع وبعض الحنابلة لاثبات ما ذهبوا اليه من بقاء الذمة بعد الموت ، هذه الامثلة لا تصلح لاثبات هذه

---

(١) انظر الجزء الاول من مصادر الحق للسنهوري ص ١٦ و ١٧ .

(٢) انظر ص ٣٩٣ من البلغة مبحث الوصية ، والجواهر في الفقـــه كتاب الحجر مسالة انتقال التركة الى الوارث فيما يقابل الذي على الميت ، وقد صرح في خلال بحثه لهذه المسالة ان الميت لا تبقى له ذمة بعد الموت .

الدعوى ، ذلك لان المشتري اذا فسخ بالعيب ورد المبيع بعد موت البائع ، فان كان الثمن بعينه موجوداً في هذه الحالة كان مسلطاً عليه بعينه ، وان لم يكن موجوداً كان من جملة الديون المتعلقة بامواله ، ويقدم حق المشتري على بقية الغرماء اذا استغرقت الديون تمام متروكات الميت ، واذا لم يكن له مال غير المبيع يتسلط المشتري عليه ولا يحق لغيره من الغرماء مزاحمته «١» فليس في هذه المسألة ما يشير الى بقاء الذمة بعد الموت .

وكذلك بالنسبة لمن حفر بئراً في الطريق العام وبعد موته تردى بها انسان او حيوان وتلف بسبب ذلك فان الغرامة تتعلق باموال كما هو الحال في الديون التي كانت عليه ، والمصحح لالحاقها بالديون وجود السبب منه قبل وفاته .

وقد اورد هذه الامثلة الشيخ محمد حسن النجفي في كتاب الحجر من الجواهر قال في الكتاب المذكور : ولو كان على الميت عهدة كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدوانا فتردى بها انسان بعد موته ، او كان قد جنى على احد فأدت جنايته الى موت المجني عليه بعد وفاة الجاني ، او رد المشتري المبيع بالعيب بعد موت البائع مع فرض تصرفه بالثمن ، فان لم يكن قد تصرف الوارث بالتركة وجب الاداء منها بلا خلاف اجده فيه ، كما وانه لا خلاف في المقام بانتقال التركة الى ملك الوارث قبل حدوث الضمان وان كان السبب متقدماً ، لان مجرد تقدمه لا يوجب بقاء تركته على حكم مال الميت لعدم تحقق الدين حين وفاته ، اللهم الا ان يدعى الكشف ولا دليل عليه «٢» ووجوب الاداء منها اعم من كون الدين سابقاً على الوفاة ، واضاف الى ذلك انه في مثل المقام لا مجال للتردد في انتقال التركة الى الوارث بمجرد الموت ، ولا سيما بعد ان رجحنا انتقالها

---

(١) انظر مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري . احكام الخيارات (٢) والمراد في الكشف في المقام هو ان يكون موت المجني عليه بعد وفات الجاني كاشفاً عن تعلق الغرامة بذمة الجاني قبل وفاته بنحو يكون لموته المتاخر اثر رجعت بالنسبة الى الغرامة .

اليهم في صورة سبق الدين على الوفاة ، وكل ما في الامر ان حق الغرماء يتعلق بها كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة ، او بمعنى وجوب الاستيفاء منها اذا لم يدفع الوارث الدين الثابت على مورثه .

واذا كان قد تصرف الوارث في التركة قبل ان يتردى انسان في البئر الذي حفره الميت مثلاً ، وقبل ان يموت المضروب متأثراً بتلك الضربة ، فقــــد ذهب الشهيد في القواعد الى فساد التصرف الحاصل من الوارث لتعلق الحق بالتركة ، ولكنه في الجواهر رجع في مثل هذه القروض تعلق حق الغرماء بثمن التركة فيما لو تصرف بها الوارث بالبيع ونحوه من المعاوضات ، لان الثمن بدل عن الاعيان التي يجب على الوارث وفاء الدين منها بعد ان فرضنا انه يجب عليه وفاء الدين من متروكات مورثه «٢» .

وليس في هذا النص الفقهي وغيره من النصوص ما يشير الى تعلق الغرامة في هذه الامثلة ونظائرها بذمة الميت او ما يشعر ببقاء الذمة الى ما بعد الموت

---

(١) انظر الجواهر الفصل الذي عقده لانتقال التركة الى المورث وعدمه من كتاب الحجز .

عوارض الأهلية

٤

لقد ذكرنا في معرض حديثنا عن الذمة في الفقه الجعفري ان الانسان يصلح لأن تتعلق به الحقوق سواء كانت له ام عليه ، وهذه الصلاحية المعبر عنها في الفقه الغربي باهلية الوجوب توجد مع الانسان بمعنى انه يصلح لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه ، فكما يملك منذ وجوده المال الذي تركه مورثه والموهوب له والموصى به له كذلك تتعلق بذمته الحقوق التي لغيره كما لو اتلف مال غيره او جنى عليه بأي نحو وقع العمل المؤدي الى الاتلاف او الجناية وبدون ملاحظة اي امر زائد على العمل المادي المؤدي الى الاتلاف والجناية على النفس او احد الاعضاء .

أما بالنسبة الى الحقوق والالتزامات الناتجة عن الاعمال الارادية كالديون والضمانات وعقود المعاوضات وغير ذلك مما هو متداول في نقل الاعيان وانشاء الحقوق ، هذا النوع من التصرفات لا بد وان تتوافر في الشخص الصالح للقيام بهذه المعاوضات الشروط التي اعتبرها الشارع كالبلوغ والرشد والعقل وعدم الحجر عليه بأحد الاسباب التي تحد من تصرفاته ، وقد ذكرنا ان الصبي قبل بلوغه مرتبة التمييز لا يصلح لأداء شيء من تلك الافعال بنظر الشرع والقانون ، وقد الغى الشارع جميع تصرفاته ، فلا يترتب على عقوده النقل والانتقال المقصودان من عقود البيع والصلح والاجارة ونحو ذلك ، ولا تشتغل ذمته بالدين كما لا تصح وصاياه وهباته وجميع التزاماته مهما كان نوعها ، واذا بلغ سن التمييز اشرف على

الاستقلال باموره ، وجاز له ان يتصرف في بعض شؤونه فتصح وصاياه في موارد الخير والاحسان ، وطـــلاقه بنظر بعض الفقهاء ، وبيعه وشرائه باذن وليه او او بإجازته المتاخرة كما رجح في ذلك بعضهم ، على شرط ان لا تنطوي معاملاته على غبن مضر بحاله ، او تكون على خلاف مصلحته .

واذا بلغ سن الرشد والبـــلوغ حسب التحديد الذي ذكرناه تكاملت اهليته واصبح قابلاً للالزام والالتزام وتتم له الاهلية المطلقة في جميع شؤونه وتستمر الى وفاته الا اذا عرض عليه ما يمنع من اهليته للقيام بتلك الاعمال، كالجنون والعته والسكر والسفه والمرض المتصل بالموت ونحو ذلك مما يحد من سلطته . وهـذه العوارض منها مـــا يمنع من اهليته لجميع التصرفات ذات الأثر الشرعي ، كالجنون والعته والسكر المزيل للعقل والنوم ونحو ذلك من الحالات التي يفقد فيهـــا ارادته واختياره ، ومنها ما لا يكون له هذا التأثير على اهليته المطلقة كالمرض والمحجور عليه لسفه وغير ذلك الموارد التي ضيق فيها الشرع والقانون سلطنة المالك حرصاً على حقوق الاخرين .

اما الجنون فقد نص الفقهاء بأنه اذا استولى على الانسان في جميع حالاته فلا تصح تصرفاته مالية كانت او غيرها ، ولا يكون ملزماً بشيء من التزاماته لان العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في جميع الاعمال عند جميع الفقهاء، ويجد المتتبع هذا الحكم مبثوثا في الابواب الفقهية في العقود على اخلافها والدين والضمان والحوالة والوصية والطلاق وسائر الابواب ، ويستثنى من ذلك مـا اذا لم يكن الجنون مطبقاً ، بأن كان في وقت دون اخر ، ففي حال سلامته تصح منه جميع التصرفات وتترتب عليها الاثار المقصودة منها ، وقد اعتمد الفقهاء في اعتبارهم هذا الشرط في صحة التصرفات على الحديث المشهور المروي عن النبي (ص) المعروف بحديث رفع القلم ، وقد جاء فيه : رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ . ومنه ومن غيره من النصوص اعتبر الفقهـــاء

السلامة من هذا العارض من الشروط العامة في جميع المعاملات والالتزامات ، ومع ان الحديث بظاهره يمكن شموله لجميع الاثار بالنسبة لما يصدر عن المجنون والصبي والتي من جملتها ضمان المتلفات وارش الجنايات ونحوهما ، ومع ذلك فقد التزم الفقهاء بعدم صحة عقوده و معاملاته والتزاماته اعتماداً على الحديث المذكور ، وبقاء الآثار الاخرى كضمان المتلفات وارش الجنايات فيما لو اتلف المجنون اوجنى على غيره ، ولعل نظرهم في ذلك الى ان الحديث ناظر لحكم الأفعال الصادرة من البالغ الجامع لشرائط الاهلية بمعنى ان هذه الأفعال التي تترتب عليها اثارها اذا اوجدها الصبي او المجنون لا تصح منهما ولا تترتب عليها اثارها ، اما الافعال التي اعتبرها الشارع سبباً لبعض الاثار بمجرد وجودها كالاتلاف والجنايات هذا النوع من الافعال ليس مشمولاً للحديث المذكوروغيره من الاحاديث التي تعرضت لحكم افعال الصبي والمجنون ونحوهما .

وبتعبير اكثر وضوحاً ، هو ان المرفوع عن الصبي والمجنون ومن بحكمهما الاثار المترتبة على الافعال بما هي مقصودة لفاعلها ، والضمان في مورد الاتلاف والجنايات ثابت لهذين الموردين بذاتهما وبدون اي شرط آخر «١».

واما المعتوه فهو المصاب بخلل في عقله يؤثر عليه احياناً ويلحقه بالمجانين ، ويبدو احياناً هادئاً كالعقلاء فلا يستقر على حالة من نوع واحد ، وقد الحقه الاحناف بالصبي المميز فاجازوا تصرفاته النافعة له بدون اجازة وليه ، وابطلوا من تصرفاته ما كان مضراً بحاله كطلاقه لإمرأته واقتراضه لماله وهباته على حد تعبيرهم سواء اجازها الولي ام لا ، كما صححوا من تصرفاته ما كان محتملاً للنفع والضرر باذن الولي كبيعه وشرائه . والحقه المالكية بالصبي سواء استمر جنونه او كان في حالة دون اخرى ، ووافقهم على ذلك الحنابلة ، ولم يفرقوا بينهما الا من ناحية واحدة

---

(١) انظر منية الطالب في شرح المكاسب للخوساري ص ١٧٣ و ١٧٤ .

وهي ان الصبي اذا بلغ مجنوناً لا يحجر عليه الا بحكم الحاكم بخلاف المعتوه فتكفي حالته للحجر عليه «١» .

وليس للمعتوه حكم يختص به في الفقه الجعفري ، فان كانت حالته مستمرة فهو من المجانين الذي لا تصح تصرفاتهم والتزاماتهم ولو اذن بها الولي ، واذا لم يكن بهذه الحالة بأن كان يصحو احياناً ويحتفظ بشعوره ومداركه ويغيب احيانا اخرى ، فما يصدر منه في حال صحوه وسلامته يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره ، وما يصدر منه في حال جنونه يقع فاسداً «٢» .

وقد اختار الدكتور محمد يوسف رأي الجعفريين في هذه المسألة ، قال في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات : الحق فيما نرى ان نجعل الحكم في تصرفاته من حيث الصحة والبطلان تبعاً لحالته العقلية ومقدار ادراكه ، فان كان كالصبي المميز الحق به ، وان كان دونه كان حكمه حكم غير المميز ، وهكذا يختلف الحكم على تصرفاته باختلاف ما هو عليه حين صدور التصرفات منه والى هذا الرأي ذهب الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد .

قال في الكتاب المذكور : العته مرتبة من الجنون ، وقد نصت المادة ١١٤ من القانون المدني على ان تصرف المعتوه والمجنون يقع باطلاً اذا صدر بعد قرار الحجر ، اما اذا صدر قبل ذلك فلا يكون باطلاً الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد ، او كان الطرف الآخر على بينة منها «٣» وما اورده الدكتور مرقس عن القانون المدني ، هو الذي استقر عليه الفقه الجعفري ، فان الامراض العقلية انما تمنع من صحة التصرفات اذا اقترنت بتلك التصرفات ، ولا تؤثر في صحة التصرفات الواقعة في حالة السلامة ، ومع الجهل بالحال كما لو تردد الأمر بين

(١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٦٧ من كتاب الحجر .
(٢) انظر بلغة الفقيه كتاب الوصية شرائط الوصي والموصى به، والجواهر شرائط المتعاقدين.
(٣) نظرية العقد ص ٢٢٨ ، والمدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٣١ .

وقوع المعاملة في حالة الصحة او الخلل فلا يبعد البناء على صحة العقد في مثل هذا الفرض اعتمادا على اصالة الصحة في العقود (١) .

ومن الموانع عن صحة التصرفات والمعاملات السكر ، وهو من العوارض التي تعرض على الانسان نتيجة لبعض المشروبات التي تحدث اختلالاً في العقل بحيث يفقد توازنه في فترة من الزمن تطول وتقصر حسب انواع المشروبات واستعداد الاجسام ، وقد يصبح الانسان بحالة يفقد معها الوعي والقصد في افعاله واقواله ، وقد اجمع الجعفريون في فقهم على عدم صحة عقوده ومعاملاته وطلاقه وغير ذلك من العقود والايقاعات ، كما لا تصح منه العبادات على اختلاف انواعها في تلك الحالة ما دام فاقداً لشعوره وادراكه ، بل هو كالمجانين والصبيان من حيث عدم ترتيب الأثار الشرعية على تصرفاتهم التي اعتبرها الشارع موضوعاً للأثار اذاصدرت عن قصد واختيار ، وذلك من غير فرق بين ان يكون السكر ناتجاً عن امر يباح له فعله كما لو شرب الخمر للتداوي ونحوه ، او استعمله تشهياً اشباعاً لشهواته وغرائزه ، ومن غير فرق بين ان يكون مضطراً لشربه او مختاراً في ذلك .

ومجمل القول ان الفقه الجعفري ينظر اليه بذاته مع قطع النظر عن جميع الأسباب والملابسات التي قضت على الانسان ان يستعمل هذا النوع من المشروبات المؤدية الى عدم التوازن، وكل ما في الأمر انه اذا كان مضطراً اليه ، كما لو اكره على شربه ، او استعمله للتداوي ونحوه لا يكون مسئولاً عند الله في مثل هذه الحالات .

ويلتقي الجعفريون مع جماعة من الفقهاء في هذه المسألة وعلى رأسهم ابن القيم في اعلام الموقعين .

---

(١) الا ان يرجع الشك في المقام الى الشك في صدق العقد بناء على ان سلامة المتعاقدين من هذا العارض من اركان العقد وحينئذ لا نحرز وجود العقد ما دمنا نحتمل وقوعه في حالة الجنون ، لان اصالة الصحة في العقود انما تثبت صحة العقد بعد احراز وجوده .

قال في المجلد الرابع من الكتاب المشار اليه بعد ان ذكر جماعة من القائلين بصحة عقوده وطلاقه ويمينه : « والصحيح انه لاعبرة باقواله من طلاق وعتاق وبيع وهبة ووقف واقرار ونحو ذلك لبضعة عشر دليلا بالاضافة الى الآية الكريمة « يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » «١».

والرأي الشائع المنتشر بين فقهاء اهل السنة صحة صلاته وجميع عقوده ومعاملاته ويؤيد ذلك ما جاء في المدخل لنظام المعاملات للدكتور محمد يوسف : « اما جمهرة الفقهاء فلا تنظر الى السكر لذاته باعتبار كونه مزيلا للعقل الذي هو المناط في التكليف وصحة التصرفات من حيث ترتيب الاثار عليها ، وانما ينظرون اليه من ناحية اسبابه ، وانه وقع منه باختياره ام كان مكرهاً عليه . ومن اجل ذلك يفرقون بين ان يكون بأمر مباح كالبنج والدواء والاكراه الملجيء ونحو ذلك وبين ان يكون بارادته واختياره فان كان بامر مباح لا تصح تصرفاته ذوات الاثار الشرعية ، لكونه معذوراً والحالة هذه ، ولأنه في هذه الحالة غير قادر على امتثال الاحكام الشرعية ، فلا يصح خطابه وهو بهذه الحالة ، وان وقع منه ذلك بدون سبب ملجيء اليه وبدون مسوغ لشرب المسكرات ، تصح منه جميع عقوده وتصرفاته من طلاق وبيع واجارة وهبة وغير ذلك ، وتلزمه جميع احكام الشرع عقوبة له وتنكيلا به»، واختار هو رأي الامامية في هذه المسألة «١» المستمد من نصوص الكتاب والسنة النبوية ، والمرويات الكثيرة من ائمة الشيعة (ع) هذا بالاضافة الى النصوص التي اعتبرت العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في في صحة التكليف وفي نفوذ التصرفات ذوات الاثار الشرعية كالعقود ونحوها ، والمجنون يفقد ادراكه وتوازنه .

---

(١) انظر المجلد الرابع من اعلام الموقعين ٤٧ و ٤٩ ٢ - انظر المدخل ص ٢٣٣ و ٢٣٤ .

السفــــه

٦

ومن عوارض الاهلية السفه ، وهو عبارة عن التصرف في الأموال في غـــير الأغراض الصحيحة كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء ، ويقابله الرشد الذي لا بد منه في صحة التصرفات ، فان لم يكن رشيدا بأن كان مبذراً لا يضع الامور في محلها ولا يحسن ادارة أمواله لا تصح معاملاته واقراراته سواء تعلقت بالاعيان الخارجية او بالذمة ، ولا يلزم من بطلان تصرفاته المالية بطلان جميع تصرفاته التي لا تتعلق بامواله كطلاقه ، واقراره بالنسيب ونحو ذلك مما لا يعود الى التصرف باموال ه ، ومن ذلك تبين أن السفه لا يلحق الانسان بالأطفال والمجانين الفاقدين لأهلية التصرف في كل شيء ، فالسفيه يملك أهلية التصرف ولكنها أهلية ناقصة لا تتعدى حدود التصرف في أمواله حرصاً على أمواله من الضياع والتلف ، لكي لا يؤدي به الحال الى تبذير أمواله ، وبالتالي الى تكفف أوجه الناس فيما لو ترك له الشارع حرية التصرف ، ولذلك قد حجر عليه الشارع أن يبيع ويؤجر ويهب ويقر بالأموال ، ولو فعل شيئاً من ذلك بعد التحجير عليه لا تترتب على أفعاله الأثار التي أقرها الشارع وتسالم عليها العقلاء وأهل العرف ، فلو اشترى السفيه من شخص لا يصح البيع والشراء ويسترجع البائع المبيع من السفيه لو كان موجوداً ، فان أتلفه السفيه لا يكون مضموناً عليه ، لان البائع بعد علمه بسفه المشتري وبأن السفيه لا تصح معاملاته يكون قد عرض ماله للتلف ، كما ذهب الى ذلك اكثر الفقهاء . ورجح في الجواهر الضمان على السفيه في هذه الصورة ، وذلك لان التسليط

الحاصل من البائع لم يكن مطلقاً وعلى كل حال حتى ولو يسلم له الثمن ، وانما هو في مقابل العوض الذي تم الأتفاق بينهما عليه في مقابل البيع .

والمتحصل من ذلك انه لم يأذن له باتلاف ماله أذنا مطلقاً ليكون هو المسقط لاحترام ماله ، بل كان أذنه مشروطاً بسلامة العقد الموجب لدخول العوض في ملكه ، وحيث لم يتحقق الشرط يمتنع وجود المشروط وهو الاذن بالتصرف فيه على كل حال (١) .

وهل يحجر على السفيه أن يتصرف بماله بمجرد ظهور السفه او يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم بالتحجير الذي رجحه المحقق في الشرائع ووافقه عليه جماعة من المتأخرين عنه من الفقهاء الجعفريين ان له أن يتصرف في أمواله بالبيع والشراء ونحوهما من التصرفات الناقلة قبل التحجير عليه من الحاكم الشرعي ، كما لا يزول التحجير عنه الا بحكم الحاكم ولو زال السفه ، واعتمدوا في ذلك كما يبدو من من النصوص الفقهية على أن السفه ليس من الامور الواضحة التي لا تقبل الجدل والتشكيك ، ولذا كان محلاً لاختلاف الآراء ، فبين من توسع فيه لصورة الانفاق لكل ما لا يليق بحاله حتى ولو كان الانفاق في الخيرات بنحو لم يكن لائقاً به ، فضلاً عن الانفاق في المحرمات ، وبين من اقتصر على صرف المال في غير الاغراض الصحيحة بنظر العقلاء، ولاجل ان معناه لم يكن واضحاً عند الجميع كان من المواضيع الاجتهادية ، والمواضيع التي بهذا النحو اذا كانت موضوعا لاثر شرعي أو لحكم شرعي لا بد من تحديد موضوعاتها من قبل الشارع ، كما وان أحكامها بيده رفعا ووضعاً . هذا بالاضافة الى اصالة الصحة في التصرفات الصادرة من السفيه قبل التحجر عليه ، والى اصالة عدم المانع في نفوذ تصرفاته في هذه الحالة ، ما دمنا نحتمل ان السفه وحده لا يمنع من نفوذ التصرفات .

---

(١) انظر كتاب الحجر من الجواهر مسالة بطلان البيع بعد الحجر على السفيه .

اما بالنسبة الى صحه تصرفاته بمجرد زوال السفه وقبل حكم الحاكم، فالاستصحاب يقضي بعدم صحة تصرفاته قبل الحكم بزوال الحجر عنه .

وفي مقابل هذا الرأي رجح اكثر الفقهاء ومنهم صاحب الجواهر ان الحجر لا يتوقف ثبوته عند ظهور السفه ، ولا زواله عند حصول الرشد على الحكم به من قبل القاضي الشرعي اعتمادا على الآية الكريمة .

« ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً » .

وقد جاء في تفسيرها : ان المراد عدم تمكين السفهاء من اموالهم ، وذلك للقرائن المحيطة بها والتي منها قوله وارزقوهم واكسوهم ، ومن المعلوم انه لا يجب الانفاق على السفهاء من غير اموالهم ، وهذا التفسير لا يتنافى مع اضافة الأموال الى المخاطبين ، وذلك لأن الاضافة تصح لأقل مناسبة كما يظهر من التتبع في موارد استعمال الألفاظ ، والمسوغ لها في المقام هو ان الأولياء مكلفون بحفظها والتصرف فيها لمصلحة السفهاء ، فهم لذلك بمنزلة المالكين لها ، وبذلك تتم دلالة الآية على ان السفه بنفسه يمنع من صحة التصرفات المالية التي يقوم بها السفيه قبل التحجير عليه من الحاكم .

على انه لو صحت التصرفات بمجرد ظهور السفه وقبل الحكم عليه بالتحجير ، كما هو الظاهر من القائلين بأن ظهور السفه لا يكفي لأن يكون بنفسه مانعاً عن صحة معاملات السفيه ، لم يكن الرشد شرطاً في تمكينهم من اموالهم ، مع انه هو المستفاد من منطوق الآية الكريمة .

فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم «١» .

١) انظر المصدر السابق كتاب الحجر .

ثم ان الخلاف الواقع بين فقهاء الامامية في احكام السفه ، هذا الخلاف الذي اشرنا اليه بصورة موجزة وبدون تحقيق لبيان الصحيح من تلك الآراء واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة .

فالأحناف والشافعية توسعوا في معنى السفه الى حد الاسراف بالمال وصرفه في المحرمات واللهو والخيرات اذا كان انفاقه في هذا السبيل مضراً بحاله ، وقد استثنى الشوافع هذا النوع من التصرف عن حدود السفه «١» .

ويرى اكثر الأحناف ان الرشد والسفه باعتبارهما صفة للمكلف لا بد فيهما من حكم الحاكم ، وخالفهم في ذلك محمد بن الحسن والمنسوب الى ابي حنيفة الزعيم الاول لهذا المذهب ، انه لا يجوز التحجير على العاقل وان كان سفيهاً ، فاذا لم يثبت رشده لا تسلم اليه امواله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فاذا تصرف في ماله قبل بلوغ هذا السن كان تصرفه صحيحاً نافذاً وان لم يثبت رشده قبل بلوغ هذا السن ، لان التحجير عليه يتنافى مع حريته وانسانيته ، وهما اجل خطراً من المال الذي يراد حفظه بالتحجير عليه ، وتصح عقوده وتصرفاته المالية باذن الولي كما تصح عقود الصبي المميز .

اما نكاحه وطلاقه وعتقه ووصيته بثلث ماله فلا خلاف عندهم في نفوذها اذا كان بالغاً .

ويدعي المالكية في هذه المسألة . ان السفه هو عبارة عن سوء التصرف بالمال ، ولم يتخطوا هذا التعبير في مقام تحديد المعنى الشرعي للسفه ، وهو لا يتنافى مع التحديدات التي نقلناها عن الجعفريين وغيرهم من الفقهاء ، واضاف المالكية الى ذلك ان الشخص اذا اتصف بهذه الصفة سواء كان ذكراً او انثى يستحق التحجير عليه ، فان عرض له السفه بعد بلوغه ولو بسنة ، فإن الحجر عليه في هذه الحالة من

---

(١) وقد اشرنا فيما مضي ان تحديد السفة بهذا المقدار وأي جماعة من فقهاء الامامية .

حقوق ابيه لأن ذلك الزمن قريب من حد البلوغ فهو بحكم الصبي ، واذا عرض عليه بعد مضي زمن على البلوغ اكثر من ذلك ، فالذي يتولى التحجير عليه الحاكم الشرعي ، فإن بلغ الصبي سفيهاً وكان يتيما ، ولم يجعل الحاكم له قيماً وتصرف في امواله في هذه المرحلة من حياته تصح تصرفاته لعدم ما يمنع من صحتها ما دام الحاكم لم يحجر عليه .

ولا يرتفع الحجر عنه اذا عاد لرشده بعد سفهه الا بحكم الحاكم ، ولو عرض عليه السفه بعد البلوغ وتصرف في امواله قبل ان يحجر عليه الحاكم تصح تصرفاته المالية وغيرها ، هذا اذا كان السفيه ذكراً اما الأنثى فتصح تصرفاتها المالية اذا كانت بالغة سفيهه عند جماعة منهم ، ورجح بعضهم عدم نفوذ تصرفاتها الا اذا تزوجت ودخل بها زوجها واقامت معه مدة من الزمن ، والصغيرة يستمر الحجر عليها حتى تبلغ رشيدة وتتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد بالاضافة الى ذلك عدلان من المسلمين برشدها ، فإن تزوجت ولم يدخل بها الزوج يستمر الحجر عليها ولو شهد اكثر من عدلين برشدها .

وقال ابن رشد في بداية المجتهد : ولإصحاب مالك اقوال غير هذه ، منها انها تبقى في ولاية ابيها حتى تمر عليها سنة بعد دخول زوجها بها .

ومنها انها تبقى في ولايته حتي تمر عليها سنتان بعد دخول الزوج بها .

ومنها انها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سبعة اعوام من تاريخ دخول الزوج بها (١) . وذهب الشوافع الى ان الصبي اذا بلغ رشيداً وعرض عليه السفه وتصرف

في امواله بيعاً وشراء قبل التحجير عليه تصح تصرفاته المالية باجمعها ، كما يصح طلاقه وخلعه لامرأته قبل الحجر عليه وبعده ، ولا تبرأ ذمة المختلعة الا اذا دفعت

(١) انظر كتاب الحجر ص ٢٢٦ من بداية المجتهد لابن رشد .

عوض الخلع لوليه (١) ولا يصح نكاحه الا بإذن وليه ، واذا عين له الولي امراة خاصة فتزوج من غيرها لا يصح العقد ، ولا يلزمه شيء من المهر فيما لو تزوج بدون اذن الولي وان لم تعلم الزوجة بسفهه (٢) كما لا تصح اقراراته بالمال . وقال جماعة منهم ان معاملاته بعد التحجير عليه لا تصح منه ولو اذن له الولي ولم يتعدى الحدود المأذون بها .

ويبدو ان الحنابلة اكثر انسجاماً مع الأدلة من فقهاء المذاهب الثلاثة ، فلقد صححوا عقوده وتصرفاته اذا كانت باذن الولي لا غير، كما صححوا نكاحه مع الحاجة اليه بمهر المثل بدون اذن الولي حتى ولو منعه منه ، ويصح عندهم منه الظهار والاقرار بالنسب ، وتلزمه احكامه من النفقة وغيرها كما يصح منه الاقرار لغيره بالأموال سواء كان المقر به من الأعيان الخارجية ام في الذمة ، ويلزم باقراره بعد رشده وزوال الحجر عنه ولو علم وليه بصدقه فيما اقربه لزمه الوفاء مما في يده من اموال المحجور عليه .

ويختلف الحنابلة عن الجعفريين في هذه المسألة اختلافاً كلياً فقد اجمع فقهاء الامامية على بطلان اقراراته بالاموال من غير فرق ان تكون في الذمة او في الأعيان الخارجية (٣) .

ويبدو من مجموع ذلك ان الخلاف بين الأمامية وغيرهم من فقهاء المذاهب

---

(١) قال في الشرائع : ولا يجوز تسليم عوض الخلع اليه ، واضاف في الجواهر اذا كان ما لا دان كان هو الذي اوقع الخلع .

(٢) ونقل في الجواهر عن العلامة عن العلامة في التذكرة والشيخ الطوسي في المبسوط ان السفيه لو تزوج بغير اذن الولي مع الحاجة اليه وعدم موافقة الولي على زواجه كان نكاحه صحيحاً نافذاً ، ولا خلاف بين فقهاء الامامية على صحة نكاحه اذا اذن له الولي وعين له المهر والزوجة ، وان عين له الزوجة دون المهر صح نكاحه بمهر المثل والغي المهر الذي عينه الزوج .

(٣) انظر المصدر السابق والمسالك للشهيد الثاني كتاب الحجر .

الأربعة بعينه الا ما شذ واقع بين فقهاء الامامية انفسهم .

والرأيان اللذان نقلناهمـــا عن الامامية بالنسبة الى ان السفه بمجرده سبب في التحجر على السفه كما رجح ذلك في الجواهر ، او ان السفه لا يكفي الا بعد الحكم بالتحجير من قبل الحاكم كما ذهب الى ذلك المحقق في الشرائع وجماعة من المتقدمين عليه والمتأخرين عنه من الفقهاء هذان الرأيان متساويان من حيث الشهرة بين فقهاء الامامية تقريباً ، ويلتقي الرأي القائل بأن التحجر على السفيه لا يكون الا بحكم القاضي ولا يرتفع الا بحكمه ، هذا الرأي يلتقي مع المادة ٦٥ من القانون المدني المصري المتعلق بالولاية على المال ، فلقد جاء فيها : انه يحكم بالحجر على البالغ للجنون والسفه ، ولا يرتفع الحجر الا بحكم ، كما نصت المادة المذكورة ان المحكمة اذا اوقعت الحجر عليهما صارا ناقصي الأهلية كالصبي المميز ، فيسري على تصرفاتهما التالية لتسجيل قرار الحجر ما يسري على تصرفات الصبي المميز امـــا التصرفات السابقة على قرار الحجر فلا تكون باطلة ان كانت من التبرعات ، ولا قابلة للابطال ان كانت من التصرفات الدائرة بين النفـــع والضرر ، الا اذا كانت نتيجة استغلال او تواطىء كما نص على ذلك ١١٥ .

الاولياء ومراتبهم

ويتفق القانون المدني مع الفقه الشيعي في مراتب الاولياء على اموال القاصرين لصغر او جنون ، فالولاية اولاً للأب والجد ثم للوصي الذي يعينه الأب ، فان لم يكن احد من هؤلاء تكون الولاية للحاكم ، هـــذا الترتيب بعينه هو المتفق عليه بين الجعفريين ، امـــا اذا كان التحجير على البالغ لسفه او افلاس او جنون طارىء بعد البلوغ ، فالولاية عليه للحاكم عند اكثر الجعفريين ، وذهب جماعة منهم الى بقاء ولاية الاب عليه بالنسبة الى الجنون الطارىء عليه بعد البلوغ ، كما ان الاعمال التي يسوغ للوالي مباشرتها تتفق في الغالب مع آراء الجعفريين (١) .

---

(١) نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص ٢٢٩ الى ٢٣٤ ، وانظر الجواهر في الفقه الجعفري الفصل الذي نص فيه على احكام السفيه ، بلغة الفقيه لبحر العلوم مسالة الولاية .

قال الدكتور مرقس في نظرية العقـــد : ان الاب يملك ان يباشر عن ولده جميـع التصرفات النافعة ولا يملك مباشرة التصرفات الضـــارة الا اذا كانت اداء لواجب انسـاني او عائلي واذنت بها المحكمة «١» امـــا التصرفات التي تدوربين النفع والضرر فيملكها الاب «٢» .

وعند الجعفريين ان الولي الجبري يملك التصرفات النافعة بالاتفاق ، ولا يملك الضارة بالاتفاق ايضاً ، اما التي لا تضر بحاله ولا تجلب عليه نفعاً فقد رجح جمـاعة بأن له ان يقوم بهذا النوع من التصرف، والذي ذهب اليه اكثرهم انه لا يملك الا ما كان فيه مصلحة للمولى عليه ، واصرح الأدلة التي اعتمدها انصار هـــذا الرأي قوله تعالى :

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن (٣) »

واذا انقطعت ولاية الاب عليه بالبلوغ والرشد ثـــم طرأ عليه سبب يقتضي التحجير فلا تعود الولاية عليه للأب كما نصت على ذلك المادة ١٨ من قانون الولاية على المال كما صرح بذلك في نظرية العقد ، ونص عليه فقهاء الشيعة ايضاً .

قال السيد محمد بحر العلوم : لو كان الجنون عارضاً عليه بعد البلوغ والرشد فالأقوى ولعله الأشهر ان الولاية في مثل ذلك للحاكم الشرعي دون الولي الاجباري لانقطاع ولايته بالبلوغ والرشد ، ونظير ذلك ما لو بلغ سفيها بنحو لم يكن بعد بلوغه متصفا بالرشد ، وفي هذا الغرض رجح جماعة من الفقهاء منهم صاحب الرياض والشهيدان وغيرهم ان ولاية الاب تبقى مستمرة عليه (٤) .

---

(١) والمقصود من كونها اداء لواجب انساني وعائلي هو ان يترتب على التصرف بما له مصلحة عامة تفيد الانسانية وتخدم المصلحة العامة ٢ - نظرية العقد ص ٢٣٢ ٣ - بلغة الفقيه مبحث ولاية الاب على ولده الصغير ٤ - انظر البلغة والرياض في الفقه الجعفري كتاب الحجر

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على ان للأب ان يبيع لإبنه الصغير وان يشتري له ويبيع من أمواله المنقولة وغيرها بشرط ان يكون البيع والشراء بمثل القيمة لا بأزيد منها اذا كان في ذلك مصلحة للقاصر واشترط الأحناف بالإضافة الى ذلك بالنسبة الى بيع الاشياء الثابتة ان يكون الأب محمود السيرة بين النـاس ، او مستور الحال ، وفي الأشياء المنقولة يصح البيع اذا كان لمصلحة الصغير ولو كان الولي الجبري سيء السيرة على اصح الاقوال (١) . وكما تكون الولاية للأب على ولده الصغير تكون ايضاً لجده لأبيه ، وله ان يباشر جميع الاعمـال الثابتة للأب بالشروط السابقة .

ولو اجتمع الجد مع الأب ، فالاشهر عندفقهاء الإمامية اشتراكهما فيالولاية، وفي مقابل هذا الرأي يأتي الجد في رتبة متأخرة عن الاب،وعند القائلين بالاشتراك لا فرق بين الجد الادنى والاعلى فيما لو وجد اب القاصر مع جد ابيه ، وقداعتمد انصار هذا القول على رواية عبيد بن زرارة ،قال : قلت لابي عبد الله الصادق(ع) « الجارية يريد ابوها ان يزوجها من رجل، ويريد جدها ان يزوجها من رجل آخر، قال الجد اولى بذلك ما لم يكن مضاراً ولم يكن قد زوجها الاب قبله ، ويجوز عليها ، تزويج الاب والجد . »

ومع انها قد نصت على اعطاء الاب حق الافضلية في مورد التعـارض بينهما ، فقد دلت ايضاً على نفوذ عقد الاب فيما لو كان هو السابق الى تزويجها ، والمستفاد منها ان الولاية ثابتة لكل منهما من حيث المبدأ، الا ان الجد له حق الافضلية لو لم تتفق ارادتهما على شخص بعينه .

وفيما يتعلق بصلاحية الوصي المختار من قبل الولي الجبري ، فولايته، علىاموال القاصرين مستمدة من سلطة الولي،فإن قيدها بناحية من النواحي فليس للوصي

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة كتاب الحجر ص ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٠ .

ان يتعداها ، وان لم يحدد له انواع التصرف ، فله ان يتصرف في اموالهم بما يعود عليهم بالمصلحة كالبيع والاجارة والمزارعة ونحو ذلك ، وليس له في هذه الحالة ان يستعمل كافة الصلاحيات التي كانت لوليهم الجبري كتزويج الصغير والصغيرة مثلاً، لاحتمال ان يكون ذلك للأب من حيث ابوته ، وقد رجح اكثر الفقهاء : ان الوصي ليس له ان يباشر هذا النوع من التصرفات حتى لو جعل له الولي صلاحية القيام بهذا العمل ، لعدم احراز قابلية هذا النوع من الحقوق للانتقال الى الغير ، بالاضافة الى ان الصغيرين لا يحتاجان في الغالب للزواج ،

وقد جاء في بعض النصوص ما يؤيد هذا الرأي وفي بعضها ان احدهم سأله عن رجل مات وترك اخوين وبنتاً صغيرة وابناً ، فعمد احد الاخوة الوصي وزوج البنت من ابنه ، ولما مات الوصي تولى الاخ الثاني تزويجها من ابنه، فقيل للجارية اختاري احد الزوجين فاختارت الثاني ، فاقر الامام (ع) اختيارها للذي اختارته ، مع ان الزواج الأول كان بواسطة الاخ المفروض كونه وصياً عليها عليها من قبل ابيها ، ولو كان للوصي صلاحية تزويجها بمقتضى وصايته ، كان المتعين الغاء الزواج الثاني ، والرواية بمقتضى اطلاقها تشمل صورة ما او جعل الولي للوصي هذه الصلاحية (١) .

وقال الاحناف : ان الولاية على الصغير لابيه ومن بعده لوصيه ووصي وصيه ومن بعدهم للجد ولوصيه من بعده هذا بالنسبة الى الاموال ، وبالنسبة الى النكاح فهي من بعد الاب للابن ولابن الابن وان بعد ، ثم للجدوان كان بعيداً ، ثم للاخ من الاب والام ، ثم للاخ من الاب ، ثم لابن الاخ والعم وابن العم ، وهكذا بالنسبة الى درجات القرابة على الترتيب ، واضاف الاحناف الى ذلك : ان لجميع هؤلاء ولاية النكاح بالترتيب المتقدم، ولهم اجبار الصغير والصغيرة في حال الصغر ، وعند فقد العصبات تنتقل الولاية لذوي الارحام الاقرب

(١) انظر بلغة الفقيه بحيث ولاية الوصي المنصوب من قبل الاب على اولاده الصغار .

فالاقرب. وقال الشوافع : ان ولاية الجد على الصغير ليست في عرض ولاية الاب عليه ، فاذا اجتمعا كانت الولاية للاب ، الا اذا كان ناقص الاهلية لسبب من الاسباب فتكون الولاية للجد في هذه الحالة .

واتفق الحنابلة والمالكية على ان الجد لا ولاية له على الصغير سواء كان الاب موجوداً او مفقوداً وكذا الحال بالنسبة الى الأخ والام وسائر العصبات، واجازوا لمن يحضن الصغيران يتصرف في امواله لمصلحته ، ولكن ليس عن طريق الولاية، بل اقراراً لسيرة اهل العرف والعقلاء الجارية بذلك «١» .

وقد اقر القانون المدني وصاية الوصي المختار ، وهو من يعنيه الاب وصياً على اولاده القاصرين واعتبره مقدماً على الجد في الولاية على مال القاصر بشرط ان يكون عدلاً يتمتع بالكفاءة والاهلية التامة ، فاذا اجتمعت فيه هذه الشروط يملك التصرفات النافعة للقاصرين ، اما غيرها من التصرفات فإن كانت ضارة لا تصح منه بحال من الاحوال ، وان كانت مرددة بين النفع والضرر بمعنى انها محتملة لهما ، فلا بد فيها من اذن المحكمة ، وهذا يعني ان ولايته لا تتخطى التصرفات النافعة ، وعد منها استثمار اموال القاصرين وتصفيتها ، واقتراض المال واقراضه ، وايجار العقارات التي يملكها لاكثر من ثلاث سنوات ، وايجار المباني لاكثر من سنة واحدة، والانفاق من ماله على من تجب نفقتهم عليه الى غير ذلك من التصرفات التي تتمخض لمصلحة القاصر «٢» .

ونظرية تقديم الوصي المختار على الجد وقصر تصرفاته على التصرفات النافعة ، قد ذهب الى كل منها بعض فقهاء الجعفريين ، ذلك لان القائلين بأن ولاية الجد في مرتبة متأخرة عن ولاية الاب ، قد التزموا بتقديم الوصي المختار عليه ، كما

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ٢٥٧ .

(٢) نظرية العقد ص ٢٣٤ و ٢٣٥ .

وان القائلين بأن تصرفات الاب لا تنفذ الا فيما فيه مصلحة لأولاده الصغـار ، لا بد ان يلتزموا بذلك بالنسبة الى وصيـــه ، لان صلاحية الوصي مستمدة من صلاحية الموصي ، والذي رجحه في الجواهر في مبحث الوصية ان الوصي المختار من قبل الاب ليس له التصرف في اموال القـــاصر ولا تنفذ وصايته مع وجود الجد «١» .

*
* *

(١) الجواهر في الفقه مبحث الوصية .

المفلس

٧

لقد ذكرنا في تحديد معنى الذمة أنها عبارة عن أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه كما نص على ذلك السنهوري في مصادر الحق والوسيط، والدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل، وقد ذكرنا أن الأنسب بمعناها أن تكون عبارة عن كونه أهلا للحقوق التي عليه، أما الحقوق التي له فلا تدخل في معنى الذمة، وذكرنا أن الذمة تلازم وجود الانسان وتبقى له ما دام حياً، ولذلك فهو كما يملك منذ وجوده، يغرم لغيره ما يجنيه على الأموال والأنفس، وكل ما يعرض على الانسان من العوارض سواء كان طبيعياً كالنوم والغفلة والجنون، أم طارءاً كالسفه، والفلس والمرض ونحو ذلك مما لا يوجب نقصاً في الانسان، هذه الحالات لا تمنع من أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه ولا تفسد ذمته، وإنما تمنع من أهليته للتصرفات التي تنشأ الالتزامات، وتحد من صلاحيته لها، وانها تختلف أشد الاختلاف من حيث مقدار تأثيرها على تصرفاته المالية وغيرها، فالصغر والجنون والنوم والسكر، هذه الحالات تجعل الانسان غير قابل لأداء أي عمل من الأعمال التي اعتبرها الشرع والقانون موضوعاً للأثر الشرعي.

أما السفه والفلس ونحوهما فان تأثيرهما على أهلية الانسان تأثيراً ناقصاً، حيث أنه لا يفقد في مثل هذه الحالات أرادته وقصده اللذين لا بد منهما في انشاء

الالتزامات والحقوق ، ولا يفقد الانسان في مثل هذه الحالات أكثر من سلطنته المطلقة الثابتة لكل بالغ رشيد حرصاً على مصلحته ومصلحة المجتمع ، بنحو يصبح تحت الرقابة فيما يعود إلى تصرفاته المالية ، وتبقى له الأهلية المطلقة فيما يعود إلى حقوق الله سبحانه وحقوق غيره من أفراد المجتمع . والمديون الذي لا تزيد أمواله على ديونه قد ألغى الشارع سلطنته المطلقة عليها لمصلحة أصحاب الاموال التي في ذمته .

ومن مجموع ذلك تبين ان الانسان أما أن يكون فاقداً لاهليـــة التصرف في أمواله بمعنى أنه لا يصلح لمباشرة أي عمل من الاعمال شرعاً وقانوناً كالصغير والمجنون ونحوهما ، وأما أن يكون صالحاً بذاته ، ولكن الشارع لسبب مـــن الاسباب قد جرده عن صلاحياته المطلقة لمصلحة تعود عليـــه وعلى غيره كالمفلس والسفيه والمريض ونحو ذلك ، وأما أن يكون كامل الاهلية ولم تصطدم أهليته بما يوجب تحديد تصرفاته ، وهو البالغ الرشيد الذي له أن يتصرف بجميع أنحـاء التصرفات في أمواله وجميـع شؤونه .

ومهما كان الحال فالمفلس هو الذي لا يحـــق له أن يتصرف في أمواله بسبب تراكم الديون عليه ، ولا يوصف بهذا الوصف إلا بعد التحجير عليه من قبل الحاكم ولا يتم ذلك إلا بشروط أربعة .

الأول : أن تثبت الديون عليه عند الحاكم الشرعي .

الثاني : أن لا تفي أمواله بقضائها .

الثالث : أن تكون مستحقة عليه ، فلو كانت مؤجلة كلها أو بعضها ليس للحاكم صلاحية التحجير عليه في شيء من أمواله .

الرابـع : أن يطلب أصحاب الديون التحجير عليه ومنعه من التصرف في الاموال

التي بيده ، فاذا اجتمعت هذه الامور الاربعة منعه الحاكم من التصرف في امواله صرحاً على حقوق الآخرين ، وكل تصرف يصدر منه بعد التحجير عليه يتوقف على اجازتهم ، ونظراً لأن التحجير على المفلس مقصور على ناحية التصرف المطلـــق في أمواله المقابلة لديونه ، فله أن يقترض في هذه الحالة وأن يشتري بمال في ذمته ، ومع أن له ذلك فالمقرض والبائع الذي باعه بثمن في ذمته لا يشتركان مع الغرماء في أمواله اذا كان الدين أو البيـــع بعد صدور قرار التحجير عليه بمعنى أن أمواله يختص بها الغرماء أصحاب الديون السابقة على القرض والبيـــع .

أما لو أتلف مال غيره بعد التحجير عليه ، أو أقر بدين سابق على التحجير ، أو بأن أحد أعيان أمواله لشخص ، وصدقه المقر له ، فقد ذهب جماعة من فقهاء الشيعة الى مشاركة المقر له وصاحب المال التالف أصحـاب الديون في أمواله ، لأن الاقرار بالمال لا يقل أثراً عن البينة ، فلو أقام مدعي الدين بينة على أن له في ذمة المحجور عليه مال ، يشارك الغرمـاء الاخرين في أموال المحجور عليه، والاقرار لا يقل اثراً عنها .

ونص جماعة منهم العلامة في التذكرة والشيخ في الجواهر وغيرهمـا على عدم مشاركة المقر له وصاحب المال التـالف الغرماء في الأموال التي بيـد المفلس ، وذلك لان حق الغرماء قد تعلق بالاموال بمجرد صدور القرار بالتحجير ، فالاقرار المتأخر باعتباره مزاحماً لحقهم لا ينفذ الا على المقر بخصومه ، لأنه بالنسبة اليهـم اقرار بحق الغير ، وكذلك بالنسبة لصورة اتلاف السفيه لمال الغير بعد التحجير عليه ، فان حق الغرماء أسبق من حق صاحب المال التالف ، وقـد تعلق حقهم بأموال المديون قبل استقرار الضمان عليه نظير ما لو جنى الراهن ، وليس له غير المال المرهون ، فان المجني عليه لا يزاحم المرتهن في العين المرهونة ، لأن حقه قد تعلق بها قبل الجناية الموجبة لضمان المجني عليه (١) وقد ذهب الاحناف الى عدم

---

(١) انظر الجواهر كتاب الحجر .

التحجير على المفلس مهما بلغت ديونه ، لان الحجر عليه يتنافى مع حريته ، ولا يسلبه اهلية التصرف باعتباره من العوارض الضعيفة التي لا تستطيع مقاومتها ، وخالفه بذلك ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، وذهبا الى ان للقاضي حق التحجير عليه عندما تستغرق الديون امواله اذا تقدم الغرماء بطلب الىالقاضي بذلك .

وقال المالكية ان التحجير على المفلس من لوازم افلاسه ، وللغرماء الحق في ابطال جميع تصرفاته المنافية لحقوقهم ولا يحتاجون الى قرار القاضي او الحاكم بالحجر عليه .

والحنابلة في هذه المسألة قولان ، الأول ان الحجر عليه يتم بمجرد افلاسه ، والثاني نفوذ تصرفاته الواقعة قبل صدور القرار من القاضي بالحجر عليه ، ورجح ابن القيم الرأي الاول ، فنص على ان الديون اذا استغرقت جميع امواله لم يصح تبرعه المضر باصحاب الديون ، لأن حقهم قد تعلق بأموال المديون ، فهو اشبه بالمريض الذي يتصرف بما يخالف مصلحة الوارث والشريعة قد جاءت لتحفظ للناس حقوقهم وتسد الطرق المؤدية الى اضاعتها وهذا الرأي هو الذي تبناه ابن تيمية ودافع عنه كما جاء ذلك في اعلام الموقعين «١» .

وقد اشترط الشوافع في التحجير على المفلس الشروط الأربعة التي اشترطها الجعفريون ، واضافوا الى ذلك : ان له ان يتزوج بمهر في ذمته ولا تزاحم الزوجة الغرماء الذي حجر عليه الحاكم لأجلهم ، ويصح اقراره لغير الغرماء باموال سابقة على قرار التحجر ، ويشارك المقر له الغرماء في اموال المفلس ، واذا اقر بانه استدان مالاً من شخص بعد التحجير عليه لا يقبل منه هذا الاقرار «٢» .

---

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم المجلد الرابع ص ٦ و ٧ والفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ص ٣٧٣ .

واختلف المالكية فيما لو كان الدين مساوياً للمال الموجود بيد المفلس ، فقال بعضهم بأنه لا موجب للتحجير عليه .

وقال اخرون بأن ذلك موجب للتحجير عليه حفظاً لأموال الغرماء سواء كانت حالة او مؤجلة ، فلهم منعه من الهبة والتبرع والصدقة والوقف والضمان ونحو ذلك ، وليس لأحد ان يقبل منه شيئاً بلا عوض ، والحكم عليه بالتفليس من قبل الحاكم انما يصح اذا كانت الديون اكثر من امواله ، وكانت حالة على شرط ان يتقدم الغرماء بطلب من الحاكم بتفليسه ، واضافوا الى ذلك ان الدائن له ان يمنع المدين من السفر ، ولو لم يكن الدين مستغرقاً لتمام المال ، اذا كان السفر طويلاً بنحو يحل اجل الدين في حال غيابه .

ومجمل القول ان الدائنين ان لم يطلبوا من الحاكم تفليس الغريم لهم ان يمنعوه من جميع التصرفات الموجبة لنقص امواله ، الا ما جرت العادة عليه كالصدقات القليلة ونحوها من النفقات التي لا بد منها ، وان طلبوا تفليسه من الحاكم لا يحجر عليه الا بالشروط السابقة ، وان لم يرفعوا امرهم الى الحاكم وطلبوا الغريم فتهرب منهم ، فلهم منعه من التبرعات وجميع التصرفات المالية سواء اوجبت نقص امواله له ام لا «١» .

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد ان الدين اذا استغرق امواله ، وظهر ذلك للحاكم فإن كان ملياً ، فقد رجح الجمهور ان الحاكم يتولى بيع امواله ، لمصلحة غرمائه ، وان لم يكن ملياً حكم عليه بالافلاس وحجر عليه ان يتصرف في امواله ، ونسب ذلك لمالك والشافعي ، كما نسب لابي حنيفة وغيره من فقهاء العراق ، ان الحاكم ليس له ان يحجر على المفلس ولا ان يتصرف في امواله قسمة وتوزيعاً وله ان يحبسه حتى يدفع اليهم اموالهم .

---

(١) انظر المصدر السابق ص ٣٧٣ وما بعدها .

مرض الموت

٨

هذا النوع من العوارض اشبه بسابقه ، ذلك لأن المرض لا يسلب الانسان اهلية التصرف من حيث ذاته ، بمعنى انه لا يجعل الانسان غير صالح للالزام والإلتزم بنحو يصبح فاقداً لاهلية الاداء كالجنون والصغر والنوم ونحو ذلك مما لا يتحقق معه القصد لمدلول العقد ، ويؤثر على شعوره ومداركه ، فالاهلية فيه كاملة من جميع جهاتها ، ولكن تأثير المرض على اهلية التصرف عند القائلين بذلك من الفقهاء بالتعبد الشرعي مراعاة لمصلحة الوارث ولاجل ذلك ذهب جماعة من الفقهاء الى ان تصرفات المريض بالهبة والبيع باقل من الثمن ونحو ذلك انما تصح فيما يعادل ثلث امواله ، وليس ذلك لان حق الوارث متعلق بالزائد على الثلث بل لان الشارع قد اعتبر المرض المؤدي الى الموت كغيره من العوارض التي تحد من سيطرة المالك وسلطنته على ملكه ارفاقاً بحال وراثه وتقديماً لمصلحتهم على مصلحة غيرهم ، ويختص ذلك كما يبدو من الادلة بالتصرفات المجانية كالهبات والعتق والوقف مثلاً ، وبالعقود التي تكون باقل من الثمن الواقعي ، ولا يشمل البيع بالثمن المتعارف ولا صورة ما لو وجب عليه في مرضه ان يصرف قسما من الاموال لسبب كان قبل حدوث المرض ، كما لو نذر في حال الصحة ان يعطي الفقراء ، وكما لو افطر في شهر رمضان ووجبت عليه كفارة الأفطار عمداً ، او كفارة اليمين والعهد ، او اتلف في حال مرضه ، او احتاج الى التصرف بماله لمؤنته ومؤنة من يعول به حتى ولو كان ضيفاً ، هذه التصرفات واشباهها تصح من

المالك ولو استهلكت جميع امواله كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية المدونة في مجاميع الفقه .

قال السيد كاظم في كتابه منجزات المريض : ان العقود المعاوضية كالبيع بثمن المثل والصلح والاجارة كذلك والهبة المعوضة ونحوها فانها خارجة من اصل المال , وكذلك اذا دفع المال لحفظ عرضه او نفسه او من يعول به او لحفظ ماله وان وقعت جميعها في حال المرض المؤدي الى الموت .

كما وان التصرفات الحاصلة من المريض اذا لم تتعلق مباشرة بالمال لا تدخل في النزاع الجاري بين الفقهاء في هذه المسألة ايضاً ، كما لو ضمن المريض المال عن ذمة الغير تبرعاً ، او جعل نفسه كفيلاً لغيره ، فهذا ونحوه مما لا يتعلق بالمال مباشرة ليس للورثة الحق في معارضته ولو انتهى الحال الى غرامة المضمون وما على المكفول ، لان المريض لم يتصرف في حال مرضه بامواله وانما تصرف في ذمته ، والذمة لا تضعف بالمرض ولا بالافلاس والسفه كما بينا سابقاً ولذا فان التحجير على المفلس والسفيه لا يمنعها من التصرف في ذمتهما بالضمان والشراء ونحو ذلك من التصرفات التي لا تزاحم حقوق الآخرين المتعلقة باموالهم ، فما يحصل للمريض من التعهدات والإلتزامات العائدة الى ذمته تصح منه وان انتهت بالنتيجة الى غرامة المضمون والمال الذي على المكفول ، وتصبح بعد الاستحقاق من جملة الديون التي تخرج من اصل المال ، ولا تدخل في النصوص التي تدل على ان تصرفات المريض بيعاً وشراء بأقل من الثمن وغيرهما كالهبات والاعتاق ونحو ذلك انما تنفذ من ثلث المال ، لأن المستفاد من تلك النصوص التصرف المتعلق بالمال مباشرة .

فقد جاء في بعضها رجل وهب ماله في مرضه ، وامرأة وهبت صداقها لزوجها في مرضها ، قال (ع) : جاز له ما وهبته من ثلثها «١» .

---

(١) انظر بلغة الفقيه منجزات المريض .

اما التصرف في الذمة كالامثلة السابقة فلا تشمله النصوص التي تحد من صلاحية المريض في حال مرضه على ان جماعة من فقهاء الشيعة منهم المحقق في الشرائع قد الحقوا هذا النوع من التصرف بالتصرفات المتعلقة بالمال مباشرة ، بحجة ان المستفاد من هذه النصوص مراعاة مصلحة الوارث والمتحصل منها ان كل تصرف يتنافى مع مصلحة الوارث ، ولم يكن للمالك مصلحة فيه هذا النوع من التصرف لا ينفذ الا في ثلث امواله سواء تعلق بأمواله مباشرة او تعلق بذمته وسرى منها الى المال كما لو ضمن او تعهد بالمال ونحو ذلك .

ومهما كان المال فعدم نفوذ التصرفات المالية فيما زاد عن ثلث المال مراعـــاة لمصلحة الوارث كما ذكرنا ، لا يعني ان الزائد عن الثلث قد تعلق به حق الوارث بمجرد المرض المؤدي الى الموت كتعلق حق الغرماء في اموال السفيه، ولم يتضح من النصوص ان المنع عن هذا النوع من التصرف لأجل ذلك ، وعن الجائز القريب ان يكون التحجير على المريض في حال المرض من الاحكام التعبدية للتوفير على الوارث . ولا بد في المرض الذي يحدد من صلاحية الانسان في التصرفات المالية ، ان تتوافر فيه امران، الأول : ان يكون من الامراض التي يخاف منها الموت في الغالب كما نص على ذلك بعض الفقهاء . الثاني : ان يحدث الموت بسببه ، فاذا اجتمع الامران يتم الموضوع لهذه المسألة .

وبتعبير اكثر وضوحاً المراد بمرض الموت ، هو ان يكون الشخص نفسه بحالة مرضية يكثر فيها الموت عادة بنحو يكون المريض متوقعاً للموت في مرضه ولذلك يتخذ مثل هذه الاحتيـاطات في امواله بهذا النوع من التصرفات ، فاذا بلغ الانسان هذه المرحلة وتصرف في امواله بالهبة والبيـع باقل من الثمن الواقعي لا تنفذ تصرفاته بازيد من ثلث ماله عند اكثر الفقهاء .

اما تحديده بما لا يقدر صاحبه على الصـــلاة قائماً ، وبمن لا يستطيـع المشي الا مستعيناً بغيره ، وبكونه صاحب فراش وبمن يعجز عن النظر في مصالحه ، هـذه

التحديدات لم ترد في النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة ، وانما هي من نوع الاجتهاد في الموضوع الخارجي المبني على الحدس والظن ، وقد اورد السيد كاظم في ملحقات شرحه لمكاسب الشيخ الانصاري اقوالاً كثيرة لجماعة من الفقهاء في تحديد المرض ، واختار اخيراً المعنى الذي ذكرناه اولاً ، الا انه استثنى الامراض المزمنة التي تعيش زمناً طويلاً مع اصحابها ، وصحح جميع التصرفات التي تقع في اثنائها ما عدا التصرفات التي تقع في الجزء الاخير من حياة المريض .

وقد الحق بعض فقهاء الشيعة التصرفات الواقعة في الحالات المخوفة اذا تعقبها الموت بالتصرفات الواقعة في المرض ، ومثل لذلك بما لو باع في حالة الحرب باقل من الثمن ، وبما لو باعت امرأة او وهبت اموالها في حال الولادة ، وبما لو باع الغريق او وهب وهو يغالب الامواج ، وغير ذلك من الحالات التي يغلب فيها الهلاك والموت عادة «١» .

ونص الدكتور محمد يوسف على ذلك في كتابه المدخل لدراسة الفقه الاسلامي قال في الكتاب المذكور : ولأن المهم في اعتبار مرض الموت ، هو غلبة الظن بحدوث الموت بعده ، الحق الفقهاء به حالات عديدة ليس فيها مرض ، مثل ركاب السفينة لو جائتهم ريح عاصف ، والأسرى لدى دولة اعتادت ان تقتل من يقع اسير بيدها ، ومن قدم للقتل قصاصاً وهو لا يرجو عفو اولياء المقتول «٢» .

والفرق بين الأمراض المزمنة وغيرها بالنسبة الى هذه المسألة كما جاء في ملحقات حاشية السيد كاظم من حيث ان التصرفات الواقعة في اثناء المرض المزمن لا فرق بينها وبين التصرفات الواقعة في حال الصحة ، هذه التفرقة قد اقرها القانون المدني المصري ، وجاء في المادة ١٥٩٥ ان مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت

---

(١) انظر ملحقات شرح المكاسب للسيد كاظم اليزدي مبحث منجزات المريض .
(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٤٢ .

في الاكثر ويموت على هذه الحالة ، وقد مضى عليه سنة صاحب فراش كان او لم يكن ، وإن اقعده المرض دائماً يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ، ويتغير حاله ، ولو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة تكون العبرة بحاله من حين التغير الى وقت الوفاة (١).

ومجمل القول انه لا ينبغي التردد في ان مرض الموت ، هو عبارة عن المرض الذي يموت بسببه الانسان من غير فرق بين انواعه ومراتبه ، وليس في النصوص الشرعية ما يشعر بتحديد المرض من حيث نوعيته ومرتبته ، ولا يبعد استثناء الامراض المزمنة التي تعيش مع الانسان شطراً كبيراً من حياته ، واعتبار التصرف الواقع في المرحلة الاخيرة من حياته التي رافقها المرض من مصاديق هذه المسألة كما ذكرنا .

ولا بد للقائلين بأن تصرفات المريض بامواله لا تنفذ الا من الثلث ، وفيما يزيد عنه لا بد من اجازة الوارث ، لا بد لهم ان يلتزموا بأن حدوث الموت بعد المرض يكون كاشفاً عن ان سلطنة المالك على ملكه لا تتعدى حدود الثلث ، وبذلك يكون للموت مفعول رجعي بالنسبة الى التصرفات الواقعة في حالة المرض كالبيع باقل من الثمن والهبة ونحوهما ، ذلك لأن الانسان حال حياته له ان يتصرف بماله بجميع انحاء التصرف ، والمرض بمجرده لا يوجب اضعاف سلطنة المالك ، ولكن الموت المقارن للمرض قد اعتبره الشارع موجباً لقصر سلطنة المالك على جزء من الاموال التي بيده من حين حدوث المرض .

ومن مجموع ذلك تبين ان المرض لولا الدليل الشرعي لا يوجب اضعاف اهلية الانسان عن التصرف في امواله وفي ذمته ، ما لم يؤثر المرض على عقل الانسان ويسلبه ارادته واختياره ولذلك كان هذا الحكم مخصصاً للقواعد العامة التي

---

(١) المصدر السابق ١٤٣ .

تدل على نفوذ جميع تصرفاته مهما كان نوعها ، كقاعدة السلطنة المستفـــادة من عمومات الكتاب والسنة ، والعمومات الدالة على حلية البيع ووجوب الوفاء به ، بالاضافة الى استصحاب بقاء السلطنة المطلقة التي كانت له في حال الصحة ، لانه كان يملك التصرف المطلق قبل مرضه ، ومقتضى الاستصحاب بقائهـــا لو شككنا في تأثير المرض المقترن بالموت وعدمه .

وطرو المرض في زمان الشك لا يمنع من جريان الاستصحاب ، لأن السلطنة من الأحكام الوضعية الثابتة للمكلفين مع قطع النظر عن الحـــالات والأعراض اللاحقة لهم ، ومعنى ذلك أن الذي كانت له السلطنة هو المكلف لا يشترط كونه صحيحاً ، فالشك في بقاء السلطنة في حالة المرض لا يوجب تبـــدلاً في موضوع الاستصحاب (١) .

وعلى كل حال فقد رجح أكثر الفقهاء تساوي المريض والصحيـــح من حيث بقاء السلطنة المطلقة ونفوذ تصرفاته من أصل المال ، ومصدر الخلاف بين فقهـاء الامامية في هذه المسألة اختلاف المرويات عن الائمة (ع) ، فقد نصت جملة منها على نفوذ تصرفات المريض في مرض موته من أصل ماله كما نصت طائفة أخرى منها على أن معاملاته باقل من الثمن وهباته لا تنفذ الا في ثلث ماله كمـــا هو الحال في الوصايا المعلقة على الموت ، وبما أن المرويات التي تنص على بقاء السلطنـــة المطلقة للانسان ما دامت فيه الروح أصرح من المرويات التي تحـد من سلطنته في مرض الموت وأكثر وأصح سنداً تمسك بها أكثر الفقهاء والتزموا بتأويل تلك وحملها على الوصايا المضافة الى ما بعد الموت ، وقد جاء في جملة منها : ان الانسان احق بماله

---

(١) على انه يمكن تصوير الاستصحاب بشكل اخر ، بان نقول : ان الانسان في حال صحته كان لو تصرف ينفذ تصرفه من اصل ماله ، فلو تصرف في مرضه وشككنا في نفوذ تصرفه من الاصل او من الثلث بسبب اتصال موته بمرضه ، فنستصحب بقاء نفوذ تصرفه من اصل ماله ، ولا يلزم من ذلك اي محذور كما هو ظاهر .

ما دامت فيه الروح ، وفي بعضها الآخر ، هو ماله يصنع به ما يشاء (١) .

والظاهر أن الرأي الثاني هو الشائع المعمول به بين فقهاء المذاهب الأربعة، فلقد جاء في نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس : ان الشريعة الاسلامية قررت حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به ، بأن لا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الوارث الا في حدود الثلث من التركة ، وأضاف الى ذلك أن المادة ٩١٦ من الفقه المدني نصت على أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويقصد به التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف (٢) .

ومهما كان الحال فاني لم أقصد بالتعرض لهذه المباحث الفقهيه التحقيق العلمي ، وتمييز الصحيح من غيره وانما أردت من هذا العرض الموجز لأراء الجعفريين وغيرهم من الفقهاء ، التمهيد للموضوع الذي وضعت هذا الكتاب من أجله ، وهو نظرية العقد لاتصالها الوثيق بموضوع الكتاب، ولا بد لنا وقد انتهى بنا البحث عن تأثير المرض على أهلية المتعاقدين ، أن يشير الى مقدار تأثـــيره على اقرارات المريض المتعلقة باموااله سواء تعلقت بالأعيان الخارجية أو بذمته .

ويبدو أن الخلاف الواقع في تصرفات المريض كالبيـع والهبات ونحوهما واقع في اقراراته المالية بشكل أوسع من الخلاف في غيره من التصرفات ، والاراء فيه

---

(١) لقد وردت الجملة الاولى في اربع روايات لعمار الساباطي عن ابي عبد الله الصادق (ع) وروي عنه كل من سماعة وابي بصير ، ان المال ماله يصنع به ما يشاء ، وروى عنه جماعة من تلاميذه انه قال : للرجل عند موته الثلث والثلث كثير ، وورد هذا المضمون مكرراً في عدد من الروايات ، ولكن لما كانت تلك اصرح وموافقة للقواعد العامة تمسك بها اكثر الفقهاء والتزموا بحمل هذه الطائفة على الوصية وغير ذلك من التاويلات التي تناسبها ، انظر منجزات المريض للسيد كاظم ، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم ، والجواهر كتاب الحجر .

(٢) انظر نظرية العقد ص ٣٦٨ .

اكثر تشعبا من آرائهم في المسألة الاولى ، وقد انهاهـا في الجواهر الى العشرة ، ولكن أشهر الاقوال هو القول بأنها من الاصل مطلقاً مع التهمـــة وعدمها ، وسواء كان المقر عادلاً او لم يكن ، وسواء كان لوارث أو لغيره من الناس (١) ويأتي بعده من حيث اشتهاره بين الفقهاء ، القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ، بمعنى ان المقر اذا كان متهما في اقراره كان اقراره نافذاً من ثلث ماله ، وان لم يكن متهماً يكون كالاقرار الصادر من الصحيح ، ومصدر الخلاف الواقع بين الفقهاء في هذه المسألة ، هو النصوص المروية عن الائمة (ع) فيها ، ولكل واحد من الاقوال العشرة شاهد من تلك المرويات .

والذي ادعاه السيد كاظم في الرسالة التي الفها في منجزات المريض ، ان القول بنفوذ الاقرار من الثلث على جميع التقادير لم يجزم به احد من الفقهاء ، وان القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ليس بعيداً عن مؤدى النصوص الواردة في المقـــام بملاحظة سياقها والملابسات التي تحيط بها .

ومن ذلك ما جاء عن بياع السابري ، قال سألت ابا عبد الله الصادق (ع) عن امرأة استودعت رجلًا مالاً فلما حضرها الموت ، قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة ، ثم ماتت المرأة ، فأتى اولياؤها وقالوا لقد كان لصاحبتنا مال عندك فاحلف لنا ان ليس لها مال قبلك ، افيحلف لهم قال (ع) : ان كانت مامؤنة عنده فليحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف لهم ، ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه .

وروى ابو بصير عنه ايضاً ان المقر اذا كان مصدقاً نفذ اقراره في الجهـة التي اقر فيها ، كما روى غيره عن الصادق (ع) ان المقر اذا كان مأموناً ينفـذ اقراره من اصل المال ، وروى عنه ايضاً منصور بن حازم ان المقر اذا كان مرضيـاً صح

(١) كما ادعى ذلك الشيخ النجفي في الجواهر .

اقراره «١» ، الى غير ذلك من النصوص التي تشير الى انه لا بد من الاطمئنان الى صدق المقر فيما اقر فيه . والمراد من التهمة المانعة عن العمل بالاقرار هي عدم الاطمئنان الى وقوع المقر به خارجاً ، اما لان المقر ممن لا يوثق بــه بحسب العادة ، او لوجود بعض الامارات والقرائن التى ترجح كذبه فيما اقر به ، وان كان ممن يوثق به عاده (٢) .

ثم ان النزاع القائم بين الفقهاء في هـذه المسألة لا يتخطى الاقرار بالدين ، او بعين من اعيان ماله لشخص اخر سواء كان قريباً ام بعيداً ، فلو اقر بغير ذلك يجب العمل بالاقرار وان استلزم تضرر الوارث، كما لو اقر ببنوة ولد ، او بزوجية امرأة ، او بحق خيار لشخص وكان الفسخ موجبــاً لتضرر الوارث ، او بحق رهانة على العين ، او اقر بأن عليه مقدار من الصلاة والصيام ، او بحرية بعض عبيده ووقفية بعض املاكه وملكية منافع داره وبستانه لغيره ونحو ذلك مما لا يكون المقر به ديناً او عينا من اعيان امواله ، وذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم الاقرار في مرض الموت لم تتعرض الا للاقرار بالدين والعين ، وبما ان اعطاء الاقرار حكم الوصية عند القائلين بذلك مخالف للأصول العامة القاضيــة بالزام المقر فيما اقر فيه ، فلا بد من الاقتصـــار على الموارد المنصوصة وهي خصوص الاقرار بالدين والاعيان الخارجية لا غير ، والاقرارات التي ذكرناها ، وان كانت قد تؤدي الى تضرر الوارث ، باعتبار انها تستلزم التصرف في اموال المورث، الا انها لما لم تتعلق بالاعيان ولا بثبوت دين على المقر مباشرة لم تدخل في موضوع النصوص الواردة لبيان حكم هذا النوع من الاقرارات «٣» .

---

(١) والقائلون بالتفصيل المذكور جماعة من الفقهاء المتدمين والمتاخرين ، ومنهم السيد كاظم في رسالته منجزات المريض ، والسيد محسن الحكيم في رسالته منهاج الصالحين ، والسيد ابو الحسن في وسيلة النجاة وغيرهم .

(٢) انظر الجواهر ، ورسالة السيد كاظم فى المنجزات ، مسالة اقرار المريض .

(٣) انظر المصادر السابقة ، وليس ببعيد ان يكون ذكز العين والدين في الروايات من =

ومهما كان الحال ، فلو نظرنا الى الاقرار من حيث ذاته فـــلا بد من نفوذه والزام المقر بما اقر به كما تنص على ذلك القواعد العامة والنصوص المرويـــة عن الرسول (ص) والائمة (ع) فلقد جاء عنه انه قال : « اقرار العقـــلاء على انفسهم جائز » وقول المؤمن على نفسه اصدق من سبعين شاهداً .

وجاء عن احدالائمة (ع) انه قال : «لااقبل شهادة الفاسق الاعلى نفسه » الى غير ذلك من النصوص الدالة على الزام المقر باقراره مطلقاً على جميع التقادير ، وبنـاء على ذلك ، فلو لم يتضح لنا من النصوص مانعية التهمة من نفوذ الاقرار وعدمها فيتيعين الرجوع الى الاصول العامة المقتضية لنفوذ الاقرار على جميع التقادير .

نعم لو قلنا بأن الاقرار في مرض الموت من جملة المنجزات وبنينا على ان المنجزات لاتنفذ الا في ثلث المال ، او قلنا بأن الوارث في مرض مورثه يثبت له الحق في ثلثي ماله لو التزمنا باحد هذين الأمرين لا يكون هذا النوع من الاقرار من مصـــاديق تلك الأدلة العامة ، اذ بناء على انه من المنجزات يتحتم اعطاءه حكمها ، وبناء على ان حق الوارث في مرض مورثه يتعلق بثلثي ماله ، يكون اقرار المورث في الزائد عن ثلث المال اقراراً بحق الغير .

اما لو بنينا على ان الاقرار مع التهمة لا ينفذ الا من الثلث كما رجح ذلك جماعة من مشاهير الفقهاء ، فلو صدرت بعض القرارات من المريض وحصل الشك في كونه متهما بها ام لا ، وكان المعنى المراد من التهمة معلوماً ، فلا يصح والحالة هذه الرجوع الى العمومات القاضيـــة بنفوذ الاقرار مطلقاً لان الرجوع اليهـــا في مثل هذه الحالات يلزمه اعطاء حكم العام لغير افراده (١) ولا يجوز نفي التهمة المشكوكة بالاصول العدمية ، الا بناء على صحة استصحاب

= باب المثال والمقصود هو الاقرار الذي يضر بحال الوارث سواء تعلق باموال المورث مباشرة أو بالواسطة كما هو الحال بالنسبة الى الامثلة التي أوردناها .

(١) وهو المراد من قول الاصوليين : لا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية .

العدم السابق على وجود الموضوع «١» وقد رجح اكثر الاصوليين عدم الاعتداد بهذا الاصل لان الاثر الشرعي مترتب على الموضوع المتصف بهذه الصفة او بعدمها وحينئذ يتعين نفوذ هذا النوع من الاقرارات في الثلث لاغير «٢» .

والخلاف الذي نقلناه عن الامامية في اقرارات المريض ، واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة ، الا انه عند الامامية اوسع واكثر تشعباً .

قال الدكتور محمد يوسف : وللمريض ان يقر بدين عليه لوارث او اجنبي ، فإن كان لوارث كان نفاذه بعد وفاته موقوفاً على اجازة باقي الوراث ، لما في اقراره لاحدهم من تهمة انه أراد ايثاره ببعض ماله على حساب الاخرين ، والى هذا الرأي ذهب احمد بن حنبل .

والمراد بالوارث عندهم ما كان سبب الأرث متحققاً له وقت الاقرار واستمر الى تاريخ الوفاة ، فإن لم يتحقق الأمران ، كان كالاقرار للأجنبي في نفوذه من الاصل ، فلو لم يكن للمقر ولد ، وكان له اخ فاقر له بالمال ثم جاءه ولد قبل وفاته وبعد صدور الاقرار منه لاخيه لا ينفذ اقراره ، ولو انعكس الامر بأن لم يكن وارثاً حين الاقرار ، ولكنه اصبح وارثاً حين الوفاة صح اقراره من الاصل ، كما لو اقر الى امرأة اجنبية عنه وتزوجها بعد ذلك لعدم كونه وارثاً حين الاقرار .

وقال في اعلام الموقعين : اقرار المريض لمورثه بدين باطل عند الجمهور للتهمة «٢» .

---

(١) وهو المعبر عنه في عرف الاصوليين بالعدم الازلي .

(٢) انظر رسالة السيد كاظم في المنجزات .

(٣) انظر المجلد الرابع من اعلام الموقعين ص ٣٧ والتفصيل بين الاقرار لوارض ولغيره ذهب اليه بعض فقهاء الامامية ، وهم بين من يدعي ان الاقرار للوارث من الثلث مطلقاً ، وبين من يرى انه مع التهمة ينفذ من الثلث وبدونها يكون من الأصل ، وقد روى اسماعيل بن جابر عن الامام الصادق (ع) ما يؤيد هذا التفصيل .

ورجح الشافعي مساوات الاقرار في المرض للاقرار في حـال الصحة من غير فرق بين ان يكون للوارث او للاجنبي .

وقال المالكية ان المقر اذا كان متهما من اقراره كان كالمبتدع وان لم يكن متهما صح من اصل المال سواء كان لوارث او لاجنبي ، غير انه اذا كان لغير الوارث لا ينفذ الا بعد اخراج الديون الثابتة عليه قبـل المرض سواء ثبتت عليه بالاقرار ، او البنية او بمعاينة من شهودهما كانت اسباب تلك الديون ، ولم يفرق الظاهرية بين اقرار المريض وغيره بالنسبة لتصرفاته المالية من حيث نفودها من اصل المال على جميـع التقادير والاحتمالات كما هو الحال في الاقرارات الصادرة من الصحيح(١) والظاهر ان الاختلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الاربعـــة فيما يعود لاقرارات المريض كما ذكرنا ، هذا الاختلاف لا يشمل بقية التصرفات التي تصـــدر منه كالهبات والبيـع بأقل من الثمن ونحو ذلك وانها اذا وقعت في مرض الموت تنفذ من ثلث المال .

وجاء في منار السبيل في الفقه الحنبلي ان المريض يحجر عليه ان يتصرف باكثر من ثلث ماله ، فاذا تصرف باكثر من الثلث لا بد من اجـازة الوارث ، فهو في هذه الحالة كالمديون المفلس لا يملك التصرف فيما يزيد على ثلث المال (٢) .

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .

(٢) انظر منار السبيل للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم ص ٣٧٧ ، وغاية المنتهى لى فقـــه الحنابلة .

العقد

٩

لقد استعرضنا في المباحث السابقة بعض المواضيع الفقهية قبل الدخول في صلب الموضوع الذي سنتحدث عن آراء الجعفريين فيه وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين ، ذلك لأن المواضيع التي عرضنا الجانب المهم منها تتصل بموضوع الكتاب اتصالاً وثيقاً يسهل على الباحث التوصل الى الحلول الصحيحة لاكثر المشاكل التي تعترض المؤلف في العقود ، فمسألة الحق والحكم ، والفرق بينهما وبين الملك من جهة اخرى ، هذه المسألة بالاضافة الى صلتها المباشرة بالعقود ، قد اعتاد المؤلفون في هذه المواضيع على الحديث عنها في مباحث العقود .

وقد تحدثنا عن الذمة واهليه المتعاقدين وعوارض الاهلية ، كالجنون والسفه والمرض والفلس ونحو ذلك باعتباران سلامة المتعاقدين من هذه العوارض من الشروط التي لا تتم المعاملة بدونه ، لذلك ولغيره من الملابسات قد عرضنا الجانب المهم من تلك المواضيع عند الشرعيين والمدنيين تمهيداً لموضوع الكتاب .

وبعد هذه الدراسة الاجمالية لتلك المواضيع ننتقل الى دراسة العقد عند الجعفريين حسب الفصول التالية :

الفصل الاول   في تكوين العقد .

الفصل الثاني في المتعاقدين وشروطها .

» » الثالث في محل العقد وتوابعه .

» » الرابع في انحلال العقد واقسام الخيارات .

» » الخامس في الشروط واحكامها .

الفصل الاول في تكوين العقد

لقد نص الفقهاء ان المواضيع الفقهية تنحصر في الامور الاربعة التالية ، العبادات ، والعقود والايقاعات ، والأحكام الجزائية ، وتشمل هذه احكام الجنايات على النفس واحد الاعضاء واحكام السرقات وغير ذلك من العقوبات التي فرضها التشريع الاسلامي على بعض المخالفات مما هو من وضائف الحاكم الذي يتولى شؤون الامة وادارة امورها .

اما العبادات بالمعنى الأخص ، فهي عبارة عما يجب الاتيان به بقصد التقرب وهذه تشمل العباداة البدنية كالصلاة والصيام والحج،والمالية كالاخماس والزكوات وبالمعنى الاعم تشمل بالاضافة الى ما ذكرنا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والقضاء والولاية ونحو ذلك .

واما الايقاعات ، فهي عبارة عن الطلاق والعتق والوصايا العهدية وغير ذلك مما يتم بالانشاء من طرف واحد ، وفي مقابل ذلك العقود التي لا تتم الا بالانشاء من الطرفين ، كالبيع والصلح والاجارة ، والنكاح والضمان والمزارعة والعارية والوديعة ، ومن امثلة ذلك العقود التعليقية ، وهي عبارة عما يكون المنشأ بالصيغة معلقاً على حصول امر ، كالسبق والرماية ، والجعالة بناء على انها لا تتم الا بالقبول ولكل واحد من هذه العقود احكام تخصه واثار لا تترتب على سواه ، وقد تكلم

الفقهاء عن كل واحد من هذه العقود من حيث موضوعه واثاره وموارد انحلاله وشروطه .

واذا رجعنا الى المعنى اللغوي لكلمة العقد الذي هو عبارة عن المعاهدة الحاصلة من الالزام والالتزام ، الذي لا بد له من طرفين ، نرى ان الفقهاء توسعوا كثيراً في اطلاق العقد على مثل العارية والوديعة والوقف وغير ذلك مما ليس فيه التزام من كلا الطرفين ، ذلك لأن العقد بمعناه اللغوي يؤدي معنى الترابط من الطرفين ، والعارية والوديعة لايؤديان هذا المعنى ، اذ ليس فيهما اي الزام لاحد الطرفين بشيء ، سواء قلنا ان نتيجة العارية اباحة الانتفاع ، او تمليك الانتفاع ، ولكن المسوغ لتسمية هذه النوع من المعاملات بالعقود هو توافق الارادتين في الوديعة والعارية ، باعتبار ان القبول لا بد منه فيهما ولو بالفعل ، وهذا المقدار من الترابط والتوافق فيهما هو المسوغ لعدهما من العقود ولو تجوزا .

ومهما كان الحال فسواء كانا من افراد العقد او كانا خارجين عنه موضوعاً فهما حسب الاصطلاح الفقهي من جملة العقود ، واذا فسرنا العقد بمطلق التعهد كما يظهر من بعض الفقهاء فتكون هذه العقود من الافراد الحقيقية للعقد ، وتشملها الادلة العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد كقوله تعالى : اوفوا بالعقود ، والا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغيرهما ، والمستفاد من هذه الادلة وجوب الوفاء بالعقد حسبما يقتضيه العقد في نفسه وبحسب دلالته اللفظية ، فالبيع مثلاً باعتبار انه عبارة عن انشاء كل من الطرفين تمليك ماله للآخر في مقابل تمليك الاخر ، فوجوب الوفاء به هو عبارة عن التزام كل منهما بما الزم نفسه به ، فعدم الالتزام بمدلول العقد نقض للتعهد الحاصل من كل منهما ولازم ذلك لزوم العقد وعدم زوال اثاره بمجرد رجوع احدهما بما الزم نفسه به ، فيكون اللزوم الثابت للمعاملة مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام المعاهدة الحاصلة بين الطرفين ، وبالنسبة الى

الوديعة والعارية والهبة ، فمعنى وجوب الوفاء بكل واحد من هذه العقود ، هو العمل بما يقتضيه عقد الوديعة او الهبة مثلاً وحيث ان عقد الوديعة لا يقضي اكثر من ايداع المال عند شخص لحفظه وعقـــد الهبة يقتضي تمليك العين بـلا عوض ، فيكون المعنى المتحصل من وجوب الوفاء بها ، هو وجوب حفظ العين في عقد الوديعة وملكية الموهوب له للعين الموهوبة ، لان عقد الوديعة والهبة لا يقتضيان اكثر من ذلك (١) .

ورجح الخونساري في كتابه منية الطالب ان لزوم العقد من الأحكام الوضعية كالملكية والرقية والولاية ،وهذه يصح ان تكون مجعولة من قبل المشرع ابتداء ، وعليه يكون المقصود من قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، هو لزوم المعاملة كما التزم بها الطرفان امضاء لما استقر عليه امر الناس من الزام انفسهم بما يلتزمون به ، والعقد بنفسه لا يقتضي اكثر من تبديل مال كل من الطرفين بمـال الآخر مطابقة ، ويلزمه التزام كل منهما بما الزم به نفسه ، وقد امضى الشارع التزامهم هذا وامر بالوفاء به ، كما هو المستفاد من قوله سبحانه : اوفوا بالعقود ، وامثالها من القواعد العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد، وسواء كان اللزوم تبعياً مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام التعهد الحاصل بين الطرفين ، ام كان مجعولاً بالاصالة ، تكون العقود بكاملها من مصاديق العقد الذي نصت الآيـة على وجوب الوفاء به ، ويكون المستفاد منها وجوب الوفاء بكل عقد حسبما يقتضيه العقد من حيث دلالته اللفظية ، ولا نحتـــاج الى القول بأن المراد من وجوب الوفاء هو العمل بما يقتضيه العقد من حيث لزومه وجوازه لتكون العقود الجائزة مشمولة للاية الكريمة ، وذلك لأن العقد من حيث ذاته مهما كان نوعه لا يقتضي اللزوم ولا الجواز بحسب دلالته (٢) .

ومهما كان الحال فالعقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والعارية والهبة على حد

(١) انظر مكاسب الشيخ الانصاري مبحث الخيارات .

(٢) انظر منية الطالب في شرح المكاسب للخونساري مبحث الخيارات .

تعبير بعض المؤلفين في الفقه الغربي هذه العقود من افراد العقد عنـــد الفقهاء الشرعيين ، وتشملها الأدلة العامة التي وضعت لتشريع العقود ووجوب الوفاء بها من غير فرق بينها من هذه الناحية .

والفروق المتصورة في المقام تنحصر بالامور التالية :

الأول ان العقد الملزم من الجانبين يمكن فسخه اذا اخل احـــد المتعاقدين بالتزاماته كلها او بعضها ، وذلك فيما لو اتفق على ان عدم وفاء احدهما بالتزاماته يسوغ للطرف الآخر فسخ العقد ، وهذا الاتفـــاق لا يحدث اي اثر في العقود الملزمة لجانب واحد ، لأن الطرف الثاني ليس ملزماً بشيء فـــلا يصدق في حقه الامتناع من الوفـــاء ليسوغ للطرف الإخر ان يتحلل من التزاماته ، وليس له اي لمن ليس ملتزماً بشيء في هذه الحالة الا الزامه بتنفيذ التزامه (١) .

وقد نص الجعفريون في فقهم على الفرق بين هذين النوعين من العقود بما يرجع بالنتيجة الى ما ذكره الدكتور مرقس ، فقد اتفقوا على انـــه لو حصل شرط في العقد او اتفقا ضمناً على انه لو لم يف احد المتعاقدين بما التزم به يكون للاخر الحق في فسخ العقد ، ولا يجري ذلك في العارية والوديعة لو اخـــل المستعير ، والودعي بما عليه للمعير والمودع ، لأن حق استرجاع العين ثابت لهما على كل حال وانما الذي يحدث لهما انه لو اتلف العين التي بيده على سبيل الاستعارة اوالوديعة ، او تلفت بسبب تهاونه بها عليه ان يغرمها للمالك (٢) .

الثاني انه في العقود الملزمة للطرفين لو تمنع احدهما عن تنفيذ التزاماته كما لو يسلم العوض الى الطرف الآخر ، فإن لم يستعمل حقه في الفسخ له ان يقف منـــه موقفاً سلبياً ويمتنع عن تسليمة العين التي بيده وعن الوفاء بالتزاماته مـــا دام هو

---

(١) نظرية العقـــد للدكتور مرقس ص ٧٣ ٢ – انظر مبحث الخيارات من الجواهر والمكاسب خيار تخلف الشرط

ممتنعاً ، وهذا المعنى لا يتصور في العقود الملزمة من طرف واحد (١) .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في هذه المسألة : اذا لم يبدل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف وللمشتري حبس الثمن في مثل هذه الحالة ، وعلل ذلك بأن عقد البيع مبني على التقايض من كلا الطرفين ، لان كلا منهما قد التزم للآخر تسليم العين التي ملكه اياها بالبيع ، ونتيجة هذا الالتزام عدم كون كل منهما ملزماً بتسليم ما بيده اذا تمنع الآخر عن التسليم لان المتعاقدين قد وضعا كلا من الثمن والمثمن في مقابل الآخر ، ولا يجري ذلك في العقود الملزمة لاحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي ،وذلك لان للمعير دائماً ان يرجع عن العارية ، وليس للمستعير الحق في اي تصرف في مقابله ، كما وان المستعير لو تمنع من ارجاع العين لمالكها ، فللمالك اجباره على ارجاعها او تغريمه اياها .

الثالث انه في العقود الملزمة لاحد الطرفين لو تلفت العين المستعارة او المودعة بدون سبب يرجع الى المستعير والودعي لا يحدث ذلك اثراً بالنسبة للطرف الاخر ، ويتحمل تبعة تلف العين مالكها وحده وتبرأ ذمة الطرف الآخر منه ، وبالنسبة الى العقود الملزمة للطرفين لو هلك المبتع وهو في يد بائعه يتحمل وحده تبعة هلاكه ويتحلل الطرف الآخر من جميع التزاماته للبائع بسبب انفساخ العقد ، وليس للبائع ان يطالب المشتري بشيء ، ومن امثلة ذلك ما لو تلفت العين المستأجرة بدون سبب يعود على المستأجر فينفسخ العقد ، ويتحمل المالك وحده خسارة العين واثر ذلك بالنسبة الى المستأجر انه يتحلل من جميع التزاماته المقابلة لالتزامات المؤجر (٢) .

ولا يخفى ان التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين كالبيع والاجارة ونحوهما ،

---

(١) انظر نظرية العقد ص ٧٣ ٢ - انظر نظرية العقد ص ٧٤ الخيارات من المكاسب وكتاب الاجارة عن الجواهر .

وبين العقود الملزمة لأحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي ، هـــذه هذه التفرقة مستمدة من طبيعة تلك العقود كما يبدو ذلك بعد التأمل في مقتضياتها اما تسمية تلك بالعقود الملزمة للطرفين،واعطاء العارية والوديعة صفة الالزام من جانب واحد ، هذا التوصيف من مختصات الفقه العربي لأن اعتبار الوديعةوالعارية عقدان ملزمان من طرف واحـــد من حيث ان الودعي ملزم بحفظ الوديعة ، والمستعير ملزم بحفظ العارية انما هو من حيث ان الاعيان المستعارة والمودعـــة امانة في يد المستعير والودعي ، والأمين مسؤل عما في يده فيما لو تهاون او قصر في حفظها ، والعقد فيها لا يقتضي اكثر من تسلط المستعير على الانتفـــاع بالعين في العـــارية واستئمان الغير في الوديعة ، فالزام المستعير والودعي بحفظ العين من مقتضيات كونها امانة في يده لا غير لا من مقتضيات عقديها ، نعم يصح هـــذا التوصيف في الوقف بناء على انه من العقود ، حيث انه يحدث الزاماً للواقف بـــا الزم به نفسه بعد اقباض العين الموقوفة على الجهة التي وقفت عليها من غير فرق بين الوقف العام او الخاص ، ومهما كان الحال فاعتبار الوديعة والهبة والعارية والوقف من العقود ناتج عن التوسع في مفهوم العقد ، وعدم الجمود على المعنى اللغوي الذي يشير الى الشدة والارتباط الذي لا يكون الا من طرفين ، وعليه يكون المصحح لعد هذه التصرفات من العقود بنظر الفقهاء،لما فيهامن معنى العزم على العقد ،وانعقاد النية عليه ، وربط نيته بارادته ، وهذا الربط هو المصحح لادخال هذه التصرفات في العقود ، واستيعاب العقد لمثل هذه الانواع ليس من مختصات الجعفريين ، فلقد توسع فيه الحنابلة والشافعية والمالكية ، واضـــافوا الى ما ذكرناه جميع انواع التبرعات كالهبات والصدقات والوصية ، وان كان المنسوب لبعضهم ان العقـــد مقصور على التصرفات القائمة بين طرفين بنحو تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما (١).

وقال الاستاذ احمد ابراهيم في مقال له بعنوان العقود والشروط والخيـارات

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٢٢ .

نشر بمجلة القانون والاقتصاد . فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالايجاب وحده من اعتاق وابراء وطلاق ونحو ذلك عقود او لا تسمى بذلك ؟ لا شك في انها عقود بالمعنى الاعم للعقد ، اذ هي امور وقعت في نفس الملتزم اولا وعقد عليها نيته ، او عزم عليها عزماً اكيداً ، ثم ابان عنها باللفظ او ما يقوم مقامه ، واذن يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي يترتب عليها اثار شرعية ، ومعنى خاص قاصر على ما لايتم فيه العقد الا بايجاب وقبول ، فهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات اخرى ، فيكون الالتزام فيها من الطرفين .

ورجح الاستاذ ابو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد، ان العقد لا يكون الا بين طرفين ، واذا كان من طرف واحد يكون التزاماً ووعداً .

ومن ناحية ثانية نرى ان الفقه المدني قد اعطى للعقد معنى اوسع مما هو عليه عند الشرعيين ، فاعتبر العقد والاتفاق من الكلمات المترادفة من حيث المعنى اذا كان الاتفاق موضوعاً لاثر من الاثار ، وبأي الأشكال وقع الاتفاق بين الطرفين .

وقد عرفه بعض الفقهاء الغربيين بانه توافق ارادتين على احداث اثر قانوني ، وذلك الاثر اما انشاء التزام او نقله او تحويله او تعديله ، وفرعوا على ذلك بأن مطلق توافق الارادتين لا يكون من العقود الا اذا احدث اثراً قانونياً ، فاذا اتفق اثنان على ان يخرجا للتنزه في وقت معين لا يكون اتفاقهما وخروجهما عقداً ، وكذا من دعا شخصاً لياكل معه ، لان هذا التوافق لم يحدث اثراً ، اما اذا اتفق جماعة على الاشتراك في رحلة او حفلة في موعد معين ، وكان مفهوم هذا الاتفاق التزام كل منهما بدفع شيء في مقابل هذا الاشتراك ، او تعهد انسان بتقديم الطعام لشخص في مقابل عمل معين ، او وعد شخص شخصاً في ان يحفظ له وديعة بنحو يكون ملزماً بحفظها فجميع هذه الاتفاقات تكون من العقود ،

ومجرد الرضا بهذا التعاقد يكفي لانعقاد العقد من دون حاجة الى التعبير عن هذا الرضا في شكل مخصوص ، فيجوز لهما التعبير عن ارادتهما بأي وسيلة ، اسواء باللفظ أو الكتابة او الاشارة المفهمة ونحو ذلك ، وبأي كانت اللغة المستعملة بينهما في مقام التعبير عن الارادة ، بدون التقيد باستعمال لفظ مخصوص او عبارات بعينها، فللاشخاص حريتهم المطلقة في شروط التعاقد وأوصافه واختيار نوع العقد الذي يريدونه ، وابتداع اخرى من العقود وفق حاجاتهم،وحسب مشيئتهم (١) هذا مع قطع النظر عن طبيعة العلاقة موضوع التعاقد ، والاشخاص الذي يريدون التعاقد ، على نحو يشمل الاتفاقات التي تتم بين دولتين ولو كان موضوعها سياسياً صرفاً ، كالاتفاقات التي تتم في ايام الحروب ، ومواثيق عدم الاعتداء ، ولا يختص بما اذا كانت الالتزامات ذات قيمة مالية (٢) .

والنتيجة الحتمية لذلك هو اعطاء الارادة الحرية المطلقة والسلطنة الكاملة على انشاء العقد وتعيين الاثار التي تنشأ منه واعطاء صفة العقد لكل اتفاق يحدث اثراً لمصلحة المتعاقدين او لإحدهما، واتساع مفهوم العقد لكل اتفاق والعارية والوديعة ونحوهما لم يعترف به القانون الروماني ، ولا الشرائع القديمة ، بل كان العقد في نظرهما يتكون من اجراءات ومراسيم وبعض الالفاظ ، ويجب أن تتم جميعها طبقاً لاوضاع معينة لتترتب عليها اثارها ، واخيراً بدأت هذه النظرية تتطور ، فاستثنى القانون الروماني والتشريع الكنسي من هذه القاعدة الشكلية البيع والاجارة والشركة والوكالة، ورجحا انعقادها بمجرد توافق الارادتين كما استثنينا

(١) نظرية العقد ص ٤٦ و ٤٩ حيث نسبت ذلك لجماعة من رجال القانون .

(٢) وقد رجح بعضهم ان الاتفاقات المتعلقة بالاشخاص كالزواج مثلاً لا تعتبر عقوداً كاملة من حيث انها لا تنشيء التزامات مالية ، ومن خصائص العقد ان تكون الالتزامات الحاصلة منه ذات قيمة مالية كما نص على ذلك السنهوري انظر نظرية العقد ص ٤٨ .

الاتفاقات الشرعية التي تصبح عقوداً بمجرد الاتفاق بين عاقديها ، وبقي القانون متمسكاً بالشكلية لبقية العقود الى ان بدأ رجال الكنيسة بالتخلص منها ، وانتهى بهم الحال الى ان اصبح الاخلال بالتعهد المالي من قبل المتعهد خطيئة دينية تتضمن معنى يستوجب العقاب ، واكراه المتعهد المقصر على تنفيذ تعهده ولو بواسطة دعوى تقام عليه لدى المحاكم التي تخص الكنيسة ، وراجت فكرة الكنيسة فيما يتعلق بهذا الأمر بسبب كثرة المبادلات مع المدن التجارية الايطالية في أواخر القرون الوسطى بما اقتضى تسهيل التعاقد ، والغاء تلك القيود الشكلية ، هذا بالاضافة الى أن رجال الكنيسة حينما رأوا أن القانون الروماني قد انتهى الى أن العقود الأربعة البيع والاجارة والشركة والوكالة وبعض الاتفاقات الشرعية تتم بمجرد توافق الارادتين ظنوا أن هذا القانون نفسه قد قرر مبدأ سلطان الارادة ، الغى جميع تلك الشكليات التي كان لا بد منها أولاً . ومن ذلك يبدو أن مفهوم العقد عند المدنيين أوسع منه عند الشرعيين ، لأنه يتم عندهم بكل أنواع الاتفاقات مهما كان شكلها ، وبأي وسيلة حصلت اذا كانت ذات أثر ولو بالنسبة لأحد المتعاقدين ، وعلى هذا فالمعاطات من أظهر مصاديق العقود عندهم ، لأنها تشتمل بالاضافة الى الاتفاق على التسليم والتسلم ، المؤكدين لتوافق الارادتين ، ولكن الشرعيين لم يتفقوا على كفاية التعاطي الفاقد للصيغة في مقام البيع فضلاً عن كونه من مصاديق العقد ، كما سيأتي الحديث عنها خلال هذا الفصل .

ومهما كان الحال فان حرية التعاقد في القوانين المعمول بها في مختلف بلاد العالم واسعة لم تقف عند حد معين ، ولم تتقيد من حيث الشكل بصورة واحدة ، بل تعم جميع الاتفاقات والالتزامات سواء كانت بين طرفين أو طرف واحد على شرط أن لا تكون ممنوعة بنظر القانون ، أو مخالفة للنظام العام أو الاداب .

أما في الفقه الاسلامي ، فان النصوص الفقهية قدتعرضت لمواضيع مختلفة من حيث موضوعها وآثارها واسمتها بالعقود ، وبحثها الجعفريون وغيرهم في مجاميعهم الفقهية بحثاً مفصلاً، وعدوا منها البيع والصلح والاجارة والنكاح والكفالة والوديعة والهبة والعارية وغير ذلك بما هو مدون في تلك المجاميع بعنوان العقد ، وتصنيف العقود الى الأصناف المذكورة كما يتم بلحاظ العوضين يتم أيضاً باعتبار المحل الذي يقع عليه التعاقد .

أما تصنيفها باعتبار العوضين ، فيجمعها امران عقود معاوضه وعقود تبرع ، ويدخل في عقود المعارضةالبيع والصلح والشركة والاجارة والمزارعة والمسافات ، كما يدخل في عقود التبرع الوديعة والعارية والهبة والكفالة والرهن والحوالة والضمان ونحو ذلك .

وأما تصنيفها باعتبار الحل ، فان العقد قد يرد على الاعيان لتملكها كالبيع والصلح ونحوهما ، او لاستهلاكها كالقرض ، أو لحفظها كالوديعة ، او للانتفاع بها كالعارية ، كما يمكن أن يرد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية ، أو على عمل معين أو خدمة معينة كالأجير الخاص ، أو على شيء للعمل فيه واستغلال منفعته لمصلحة المتعاقدين كالشراكة والمزارعة ونحوهما .

وتتفق القوانين المدنية في الغالب على تصنيف العقود بهذا الاعتبار ، فقد جاء في القانونالعراقيان العقد يصح أن يرد على الاعيان منقولة كانتأو عقارا لتملكها بالعوض ، كالبيع ، أو بغير عوض كالهبه ، أو لحفظها كالوديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها كالقرض ، ويرد على المنافع للانتفاع بها بعوض كالاجارة ، وبغيره

كالعارية ، وعلى عمل معين او خدمة معينة كما في بعض اقسام الاجارة ، هـــذا التصنيف للعقود عند المدنيين يلتقي مع التصنيف الشرعي لتلك العقود المعنونة في الفقه ، وقد أضافت قوانين بعض البلدان الى هذه العقود عقوداً غيرها ، كعقـــد التأمين والمساومة والاذعان وغير ذلك (١) .

*
* *

(١) انظر مصادر الحق الجزء الاول للسنهوري ص ٨٠

العقود المستحدثة

١٠

يرجع الحديث عن العقود المستحدثة التي لم ينطبق عليها أحد العناوين المدونة في كتب الفقه الاسلامي ، الحديث عنها يرجع الى أن العقود المدونة في كتب الفقه هي وحدها التي امضاها الشارع بمعنى أن كل الزام او تصرف اذا لم يكن مصداقاً لواحد من تلك العقود لا تترتب عليه الاثار المقصودة للطرفين بنظر الشارع ، أو أن هذه العقود قد أقرها التشريع الاسلامي كتاباً وسنة ودونها الفقهاء في مجامعيهم لا لخصوصية بها ، ولا لان الطريق الى التعامل والاتجار والتكسب يجب أن لا يتخطاها ، بل لان التعامل بين الناس في الغالب في عصور التشريع وما بعده لم يتعدي هذه الانواع من العقود ، ولازم ذلك أن الظروف والحضارات التي تختلف باختلاف العصور اذا اقتضت نوعاً آخر للتعامل والاتجار لا يخل بالنظام ولا بالآداب العامة يكون مصداقاً للعقود التي أقرها التشريع الاسلامي في الكتاب والسنة .

لقد ذكرنا في الصفحات السابقة ان القوانين المدنية تنص بوجه عام على أن جميع الاتفاقات والالتزامات مهما كان نوعها وبأي شكل وجدت فهي من العقود ، وتصبح نافذة بالنسبة للمتعاقدين ، اذا لم تخالف القانون والنظام العام (١) ،

(١) مصادر الحق للسنهوري رقم — ١ ص ٨١ .

ولكن من المستصعب ان تنتزع هذا المبدأ العام من الفقه الاسلامي الجعفري ، وليس لدينا من النصوص والقواعد العامة ما يسمح لنا بادخال كل ما هو مستحدث في النصوص التي اقرت العقود وامرت بالوفاء بها ، ذلك لان الشارع كما اقر مبدئياً ما هو متعارف بين الناس في التعامل والمتاجرة ، قد وضع من ناحية ثانية بعض القيود والحدود والغى بعض الوسائل التي كانت تستعمل في البيع والشراء وذلك مما يؤكد انه لم يترك للناس الحرية المطلقة في استعمال ما يشاؤن في معاملاتهم وعقودهم ، كما وانه لم يكن خلاقاً لجميع الوسائل التي يجب ان يتم بها التعامل والاتجار ، بل اقر كثيراً مما كانوا عليه وامضى تصرفاتهم وعقودهم بعد ان ادخل عليها بعض التعديلات . واقصى ما يمكن ان يقال لاثبات مشروعية العقود المستحدثة هو ان النصوص الاسلامية لم يرد فيها ما يقتضي حصر العقود في نوع او صنف بخصوصه ، ولم تعين نوع العقد والبيع والتجارة بل امرت بالوفاء بالعقود واحلت التجارات ، وفرضت على المسلمين ان يلتزموا بشروطهم والتزاماتهم من غير ان تتعرض لانواع تلك العقود واصنافها ولا لماهية التجارة وكيفيتها ، ولا لشكل الالتزام وموضوعه ، قال تعالى : يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود ،وقال احل الله البيع وحرم الربى . وقال : لا تأكلوا اموالكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

وقال الرسول (ص) المسلمون عند شروطهم الى غير ذلك من النصوص المتشابهة من هذه الناحية ، ومعلوم ان الناس قبل عصر التشريع كانوا يتعاملون بينهم بالبيع والشراء ويتعاقدون بجميع الأنواع الشائعة في ذلك العصر وقبله ، فلا بد ان يكون الذي يجب عليهم الوفاء به والبيع المحل لهم والتجارة المسوغة لأكل المال ، والالزام الذي يجب تنفيذه ، هو ما يسميه الناس عقداً وبيعاً وتجارة والتزاماً في عصرهم وفي جميع العصور حسب حاجات الزمن ومقتضيات الحياة ، وكل ما في الأمر ان الحاجة لم تدعوا في عصر التشريع وقبله الا لتلك الأصناف من العقود ، فاذا دعت في عصر من العصور الى صنف من العقود كما

حدث بالفعل في عصورنا المتأخرة ، يكون المستحدث فرداً للعقـــد الذي يجب الوفاء به بمقتضى نص الآية ، وبتعبير اكثر وضوحاً هو انه بعد ان فرضنا ان المشرع لم يخترع انواعاً واصولاً للتعامل تسمى عقداً وبيعاً ، كما هو الحال في العبادة المخترعة ليتعين الوقوف عندها فيما لو وردت في اية او رواية ، فلا بد ان يكون المراد منها اذا وردت في آيات الكتاب او في المرويات عنه (ص) هو مـا يراه العرف بيعاً وعقداً وتجارة ، وما دام الامر متروكا الى العرف ، فكل مـا تفرضه حاجة المجتمع ويستعمله الناس ويسمونه عقـداً ، يكون مشمولاً لتلك الأدلة العامة التي جائت لامضاء ما هو متعارف بين الناس في مقام التعـامل والاتجار .

قال الشيخ محمد حسين الاصفهاني في شرحه لمكاسب الأنصاري : ان البيـع وان كان موضوعاً للنقل المؤثر من دون خصوصية لنظر دون نظر، الا ان الخطابات الشرعية حيث انها القيت الى العرف فلا بد من حملها على النقل المؤثر عنـــدهم ، فالشارع في مخاطباته كأحد اهل العرف بالنسبة الى الآخر عندهم ، فـــلو اراد خلاف ما عليه اهل العرف لزم عليه نصب قرينة ، وعليه فيتعين النقل العرفي في في جميـع الاحكام والاثار المترتبة على النقل الشرعي (١) .

ونص غيره من فقهاء الاماميــة على ان البيوع والعقود الواردة في النصوص الشرعية يراد منها ما هو عقد وبيـع بنظر العرف .

ومما يؤكد ان الشارع قد ترك الامر للعرف في باب المعـاملات وليس له

---

(١) الاصفهاني من فقهاء الامامية في القرن الرابع عشر . والشيخ الانصاري احد مصادرنا المعتمدة في هذا الكتاب من اعلام الفقهاء الجعفريين في القرن الثالث عشر ، توفي سنة ١٢٧٠ هـ وله مؤلفات واسعة الانتشار في الاوساط العلمية الجعفرية ولا تزال كتبه تدرس في جامعة النجف في التخصص النهائي .

حقائق تختص به ، انه قد الغى قسما من المعاملات التي كان يجرى بها التعامل بين الناس قبل ظهور الاسلام ، كبيع المنابذة والملامسة وبيع الحصاة ، وكانت هذه الامور الثلاثة تستعمل للنقل والانتقال بدون ايجاب وقبول (١) وفيما عدا هذه الأمور الثلاثة فقد اقر التعامل بها وأمر بالوفاء بكل عقد تعارف الناس على استعماله في معاملاتهم اذا كان مكتملا ومستوفياً للشروط التي اعتبرها المشرع في المتعاقدين والعوضين ، بل وفي الوسائل التي لا بد منها في التعبير عن ارادة المتعاقدين .

ومجمل القول ان التشريع الاسلامي لم يكن مخترعاً في المعاملات والعقود التي لا بد للناس منها في معاشهم وانظمتهم ، ووقف من هذه النواحي موقفاً حيادياً لولا بعض التعديلات التي ادخلها على عقودهم ومعاملاتهم ، ولولا انه قد الغى بعض الوسائل التي كانوا يستعملونها لانشاء المبادلة والاتجار بأموالهم ، وفي ضمن هذه التعديلات وعلى بعد من العقود الملغاة ترك لهم حرية التعاقد واستعمال الاساليب المختلفة للتعبير عن ارادتهم في جميع عقودهم ومعاملاتهم ، واحل لهم البيع والتجارة ، وامرهم بالوفاء بكل عقد ، واحترام كل شرط ، ولم ينظر الى الانواع الشائعة في عصره بوجودها الخارجي حينما احل التجارة والبيوع وامرهم بالوفاء بالعقود ، ولو فعل ذلك لا يبقى مجال للتردد في بطلان جميع ما استحدثه الناس بعد عصره من العقود والمعاملات وبخاصة عقود التأمين على اختلاف اشكالها كما سننبه على ذلك في خلال بحثنا لهذا الموضوع ، بل اعتبر الموضوع لوجوب الوفاء والحلية في قوله : احل الله البيع ، وأوفوا بالعقود هو العقد والبيع بما لهما من

---

(١) والمراد من بيع الملامسة ، هو انتقال السلعة الى المشتري بمجرد لمسها وبدون ان يعلم عنها شيئاً وقيل هو شرائها ليلا مع الجهل بحالها ، وبيع المنابذة هو نبذ كل من الطرفين السلعة للآخر بدلاً عن سلعته بدون ان يقول له ان هذه عوضاً عن سلعتك ، وبيع الحصاة هو ان يقول المشتري للمالك اي ثوب تقع عليه الحصا هو لي بعد اتفاقهما على الثمن كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ص ١٤٧ من الجزء الثاني .

الافراد الموجودة في عصره والتي ستوجد بعد ذلك مهما كان شكلها ونوعها ما دامت تسمى عقداً او بيعاً ، وعليه يكون المعنى المتحصل من تلك النصوص ، ان كل ما هو موجود ويمكن ان يوجد بعد ذلك اذا كان عقدا يجب الوفاء به ، واذا كان بيعاً فقد احله الله واقر التبادل المالي به بنحو القضايا الحقيقية على حد تعبير الاصوليين . بهذا البيان نستطيع ان نقرر ان العقود التي اوردها الفقهاء في كتبهم وتعرضت لبيان احكامها جملة من النصوص لا ينحصر بها التعامل ، ولم يقتصر عليها الفقهاء الا لأن الزمان لم يفرض غيرها في عصور التدوين والتشريع ، فاذا اوجدت الحاجة او الحضارة طرقاً غيرها للتبادل والتكسب ، وسماه الناس عقداً كانت كغيرها من العقود التي كانت في عصر التشريع ، ولكنا لو سلمنا جميع ما ذكرناه ، وبنينا على ان الشارع لم يتصرف في المعاملات بنحو يكون مخترعاً وانه لم يتخطى الطرق التي كانوا يستعملونها وسيستعملونها فيما بعد ، وان العقود والبيوع اللذان هما الموضوع لوجوب الوفاء والحلية ، هما ما يراه العرف عقداً او بيعاً ، لو التزمنا بكل ذلك ، ومع ذلك فليس لنا ان نقر مبدأ تحكيم العرف في هذه المسألة تحكيما مطلقاً ، ذلك لأن الشارع وان لم يكن مخترعاً في العقود والمعاملات كما فعل في العبادات ، بل ترك الامر للعرف في تحديد تلك المفاهيم بمعنى ان كل ما يسميه العرف عقداً اوجب الالتزام فيه والوفاء به ، ولكنه في الوقت نفسه قد اعتبر شروطاً في العاقدين ، والعوضين ، وترك للمتعاقدين حرية التكسب والاتجار مع مراعاة الشروط والقيود التي وضعها لهم ، فاذا تعارف الناس على شكل من الاتجار بحيث لم يتخطوا الدائرة المرسومة لهم ، كان ذلك من افراد العقد الذي يجب الوفاء به، اما اذا لم تتوافر الشروط التي وضعها الشارع لا يمكن متابعة العرف ، والحالة هذه ، ولذا نراه قد خطىء العرف في بعض ما كان متعارفاً عندهم كبيع المنافذة ، والحصى والملامسة ، لا لشيء الا لأن هذه المصاديق لم تستكمل بعض الشروط التي ادخلها على المعاملات الشائعة في عصره

كالسلامة من الغرور والربا والمقامرة ونحو ذلك ، لما في ذلك من المفاسد التي تضر بصالح المجتمع ، ونظر العرف انما يكون متبعاً في تشخيص المفاهيم ، لا تطبيق المفاهيم على المصاديق الخارجية ، فلو فرضنا ان العرف يرى عقد البيع مثلاً هو المؤثر في النقل والانتقال ، فنظره يكون مرجعاً في ذلك ، اما تشخيص المصاديق وكون المصداق الخارجي فرداً للعقد فلا دليل على تحكيمه في مثل ذلك (١) .

على ان الشارع لم يترك الامر للعرف حتى بالنسبة الى المفاهيم لأن الشروط والقيود التي ادخلها على العقود يتألف منها ومن غيرها مفهوم العقد ، فلا بدوالحالة هذه من مراعاة جميع هذه النواحي في العقود المستحدثة،فاذا سلمت من العيوب التي نظر اليها الشارع بعين الاعتبار ، وكانت بنظر العرف من العقود تكون مشمولة لتلك الادلة العامة ويجب الالتزام بها ولا بد لنا وقد انتهينا الى هذه النتيجة من الاشارة الى بعض العقود المستحدثة لنرى مقدار صلتها بالعقود التي اقرها التشريع الاسلامي ، وبما ان عقود التأمين من ابرز تلك العقود واكثرها انتشاراً لا سيما في العصور المتأخرة ، فقد اثرنا ان نتحدث عنها ، وبالتالي يتضح الحكم في جميع المستحدثات من النتيجة التي سينتهي اليها البحث

وعقود التأمين منها ما يكون على النفس ، ومنها ما يكون على الأموال وغير ذلك من الموارد التي يستعمل فيها هذا العقد ، وهو عقد بين طرفين الشركة المؤمنة ، والمستأمن وهو طالب التأمين ، وبمقتضى الاتفاق الحاصل بينهما يقوم المستأمن بدفع مبلغ من المال اقساطاً شهرية او سنوية ، او بدفع المبلغ بكامله الى الشركة لقاء التزام الشركة بدفع مبلغ من المال اليه فيما لو اصاب محل العقد حادث ادى الى موت المستأمن ، او تحطيم السيارة فيما لو كانت هي المحل لعقد التأمين او غير ذلك بما يجري عليه الاتفاق بين الطرفين ، وقد ينص الطرفان في ضمن الاتفاق

(١) انظر مكاسب الشيخ الانصاري،ومنية الطالب للخونساري ، وشرح المكاسب للاصفهاني .

الحاصل بينها على ان المستأمن اذا تأخر عن دفع الاقساط في المدة المتفق عليها بينهما تنفسخ المعاملة ويسقط حق المستأمن بالانتفاع بالمال المدفوع، والأموال التي تدفعها الشركة الى المستأمن تتكون من الأموال التي تقبضها من المستأمنين وبالطبع تتكون لها الأرباح الطائلة من مجموع الأموال التي تجتمع عندها من المشتركين بالاضافة الى منافع الأموال وفوائدها ، والطرق المستعملة في التأمين على النفس لا تتعدى الصور التالية .

١ ـ ان يتفقا على ان يدفع المستأمن للشركة عشرة الاف ليرة اقساطاً كل قسط خمسمائة ليرة لمدة عشرين عاماً فاذا مات المستأمن قبل نهاية المدة تدفع له الشركة المبلغ بكامله ، واذا عاش الى نهاية المدة لا يستحق شيئاً ويصبح المال بكامله ملكاً للشركة .

٢ ـ ان يتفقا على عشرة الاف ليرة لبنانية يدفعها المستأمن خلال عشرين عاماً ، كل عام خمسمائة ليرة على ان يكون للمال المدفوع فائدة معينة ، فان مات المستأمن قبل نهاية المدة استحق على الشركة المبلغ المتفق عليه بكامله مع فوائده ، وان بقي حياً الى نهاية العشرين عاماً لا يستحق على الشركة شيئاً .

٣ ـ ان يتفقا على مبلغ من المال يدفعه المستأمن اقساطاً على ان يكون له فائدة بنسبة معينة يتفقان عليها ، فان مات قبل انتهاء المدة ارجع له المؤمن الاموال المتفق عليها بكاملها مع فوائدها ، وان عاش الى نهاية المدة ارجع له المال مع فوائده ايضاً .

٤ ـ ان يتفقا على مبلغ من المال وعلى الاقساط التي يدفعها المستأمن في كل شهر او سنة وانه اي المستأمن يسترجع المبلغ بكامله ان مات قبل نهاية المدة ولكنه لو اخل بأحد المواد المتفق عليها تبطل المعاملة ويصبح المال المدفوع بكامله ملكاً للمؤمن الى غير ذلك من الامثلة المتشابهة من غير فرق ان يكون التأمين على الأرواح او الأموال كما في التأمين على المتاجر والسيارات والشركات وغير ذلك .

ومن ذلك تبين ان عقد التأمين هو عبارة عن اتفاق بين المؤمن اي الشركة من جهة وبين طالب التأمين من ناحية اخرى ، وبمقتضى هذا الاتفاق تتعهد الشركة ان تدفع للمستأمن مبلغاً من المال اذا اصيب بحادث معين في وثيقة التأمين ، وفي مقابل ذلك يدفع طالب التأمين مبلغاً من المال على اقساط يتفق عليها الطرفان ، هذا الاتفاق لو نظرنا اليه من حيث ذاته كعقد مستقل بعد ان بينا على ان ادلة العقود ليست ناظرة الى ما كان في عهد التشريع ، بل تدل على وجوب الوفاء بكل ما يسميه الناس عقداً ولو كان خارجاً عن العناوين المدونة في كتب الفقهاء ، ولكن لا بد من ملاحظة التعديلات التي ادخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار ، لو نظرنا الى عقود التأمين من حيث ذاتها باعتبارها عقوداً مستقلة ، واخذنا تلك التعديلات التي ادخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار يتضح لنا ان هذه الاتفاقات ليست من العقود التي اوجب الشارع الوفاء بها كما تنص على ذلك الآية من سورة المائدة ، ذلك لأن المستأمن حينما يتفق مع الشركة على مبلغ معين من المال يدفعه لها اقساطاً خلال مدة من الزمن ، كما في الامثلة السابقة ونظائرها لا يدفعه لها لقاء اي عمل من الاعمال تؤديها اليه الشركة ، ولا هي بدورها تقوم بعمل لصالحه ، ولا يضع المؤمن والمستأمن في حسابها في مقام التعاقد قيام الشركة بأي عمل من الاعمال حتى ولو من نوع التوجيه والارشادات الصحية او الإقتصادية ونحو ذلك، وكل ما في الامر ان المؤمن يتفق مع المستأمن على مبلغ من المال يؤديه اقساطاً في كل سنة قسط منه ، وفي مقابل ذلك يتعهد المؤمن الذي هو عبارة عن الشركة بواسطة وكلائها الموزعين في مختلف المناطق ان يدفع الى الطرف الآخر المبلغ المتفق عليه بكامله فيما لو اصيب المؤمن عليه بموت او حريق او اي حادث آخر قبل انتهاء المدة المتفق عليها ، واذا انتهت المدة وتم دفع الاقساط تستحق الشركة المبلغ بكامله في بعض الفروض ، وفي البعض الآخر يسترجع المستأمن المبلغ بكامله مع الفوائد التي يتفق عليها مع الشركة عند الشروع في المعاملة .

فالمستأمن حينما يقدم على المعاملة يضع في حسابه استحقاق المبلغ بكامله بمجرد الشروع في دفع الاقساط لأن احتمال طرو حادث عليه او على امواله المؤمنة قائم في نفسه في كل لحظة من حياته ، ولو علم بأن حياته تمتد الى تمام المدة المحددة بينه وبين الشركة لا يقدم على هذه المعاملة قطعاً ، فكل قسط من الأقساط لا يدفعه الا لأنه يأمل ان يربح هو او وريثه المبلغ بكامله قبـــل دفع الاقساط للشركة بكاملها ، ، كما وان الشركة حينما تتفق مع طالب التأمين على ان تدفع له المبلغ المتفق عليه اذا اصيب المؤمن عليه بحادث ، انما تقدم على هذه المعاملة على امل ان يسلم المؤمن عليه وتربح هي الاقساط كاملة بعد نهاية المدة المحددة بينهما ، لذا فإن النشرات التي تصدر عن شركة التأمين لا تقر التعاقد فيما لو كان المؤمن عليه مصابا ببعض الامراض الفتاكة ، او كان معرضاً للخطر في اكثر حالاته .

فعقود التأمين في واقعها ليست بعيدة عن المقامرة ، لان المقامر حينما يقدم على بذل ماله لايضع في حسابه الا احتمال الحصول على المبالغ المتفق عليها بينه وبين رفاقه ، وفي نفس الوقت فهو يحتمل ان يكون الربح في جانب الطرف الآخر ، فاحتمال الربح وحده هو الدافـــع على المقامرة المتداولة بين النـــاس ، مع العلم بأنها لا تنحصر بآلة خاصة من الآلات المتعارفة ، ولا بنوع خـــاص من انواع المغالبة ، كما نص على ذلك الشيخ الانصاري في مكاسبه (١) فكل عمل يرجع في واقعه الى بذل المال بدون مقابل اذا كان الدافع عليه احتمال الربح المقترن بإحتمال الخسران يكون من افراد المقامرة وان اختلف مع المتعارف الشائع منها بالشكل والطريقة .

وعقود التأمين على ما بينها وبين المقامرات المتعارفة من تفاوت من حيث

---

(١) انظر الفصل الذي عقده في اول المكاسب لبيان انواع المكاسب المحرمة .

الشكل والطريقة ، الا انها من حيث النتائج والدوافع تلتقي معها التقاء كلياً ، ذلك لان طالب التأمين يتفق مع الشركة على مبلغ من المال يدفعه لها اقساطاً بدون مقابل لاحتمال ان يطرأ عليه او على ماله المؤمن عليه حادث فيربح المبلغ بكامله في المرحلة الأولى من مراحل التقسيط ، وهكذا الحال بالنسبة الى الشركة المؤمنة ، فانها تتعهد من جانبها بدفع المبلغ كاملاً اذا اصيب المؤمن عليه بحادث وفي نفس الوقت الدوافع الأولى لهذا التعهد احتمال السلامة الى نهاية المدة التي تتم فيها الأقساط وعند ذلك تربح الشركة المال بكامله فيما لو ساعدها الحظ وسلم المؤمن عليه ، وهذا الواقع الذي تنتهي اليه عقود التأمين ، هو المتحصل من عقود المقامرة .

ولو تنازلنا عن جميع ذلك وبنينا على ان العقود لا تنحصر فيما كان في عصر التشريع ، لو بنينا على ذلك فليس بالإمكان ان نلتزم بكل ما يسميه الناس عقداً ذلك لان البيانات الشرعية وان لم تقف جامدة بجانب العقود التي كانت في عصر التشريع ، والتي دونها الفقهاء في مجاميعهم ، الا انها احتفظت لنفسها ببعض القيود والتعديلات وفرضت على المتعاقدين التقيد بها مهما كان نوع العقد ومن ذلك سلامة المعاملة عن الجهالة والغرر اعتماداً على بعض المرويات عن النبي(ص)التي تنص على انه نهى عن الغرر ، وقد اخذ الفقهاء بهذا المبدأ واعتبروا السلامة من الضرر من اركان صحة المعاملة مهما كان نوعها .

ومهما حاولنا تزكية عقود التأمين ، فليس بالأمكان تزكيتها من هذا العيب وذلك لان كلا من الطرفين في هذا النوع من العقود يقدم على امر مجهول لديه لا يعرف كيف ينتهي مصير امواله التي تعاهد مع الآخر على دفعها ، ويرى نفسه مصيرا لاحتمال الربح المقترن بأحتمال الخسران كما ذكرنا وهذا النوع من الجهالة من

اظهر مصاديق الغرر المنهي عنه .

وقد استدل الفقهاء بالحديث المتضمن لنهي النبي عن الغرر في اكثر المعاملات حسب المناسبات ، واعتمدوا عليه في بطلان العقد مع الجهل بالعوضين ، وعدم القدرة عليهما ونحو ذلك ، وفي ذلك دلالة على ان المشرع لم يعطي للمتعاقدين الحرية المطلقة في التعاقد واعتبر العلم بالعوضين ، والقدرة عليهما وكونهما مـــالين بنظر العرف من الشروط التي لا بد منها في جميع العقود المالية والمعـاوضات بالاضافة الى شروط المتعاقدين ، وبدون ذلك لا تصح المعامـــلة ، سواء كانت من نوع المعاملات المدونة في مجاميع الفقه ، ام كانت من العقود المستحدثة. هذا كله بناء على ان الشارع لم يقف الى جانب العقود التي كانت في عصر التشريـع ، بل تعداها وامضى كل ما يسميه الناس عقدا ولو تجدد بعد ذلك على شرط ان تتوفر فيـه التعديلات التي ادخلها على العقود .

اما بناء على ان العقود التي يجب الوفاء بها ويجب تنفيذهـــا هي العقود التي كانت في ذلك العصر ، وليس لاحد ان يتخطاها مهما بلغت الحاجة اليها كما رجح ذلك بعض الفقهاء والظاهرية ، فعقود التأمين المتعارفة بين الناس في هذا العصر من حيث انها عقود قائمة بذاتها ، لا يمكن تصحيحها الا بعد عرضها على العقود المدونة في مجاميع الفقه ، ولا اظن ان الباحث بعد المقارنة بينها وبين تلك العقود يتردد في المغايرة بينهما من جميع الجهات .

نعم لو اردنا ادخالها في العقود الشرعية لا بد وان نفترض عقود التـأمين على غير واقعها المتعارف في هذا العصر ، كما فعل المقرر لبحث آيـة الله الشيخ حسين الحلي في كتابه « بحوث فقهية » فانه صور عقود التأمين تصويراً يتفق مع الضمان

والهبة والصلح كما جاء في كتابه ، ولم ينظر اليها من الناحية الموضوعية. ولا أشك في ان المقرر لو نظر اليها من هذه الناحية وقارن بينها وبين العقود الشرعية لم ينتهي الى النتيجة التي انتهى اليها في كتابه (١) .

*
* *

(١) بحوث فقهية للعلامة السيد عز الدين بحر العلوم من محاضرات آية الله الشيخ حسين الحلي وقد جمع المؤلف قسماً من محاضرات استاذه الحلي في هذا الكتاب عالج فيها بعض المواضيع الشائعة في هذا الزمان ، فكان موفقا في عرض الفكرة وفي الاسلوب نسبياً .

وكنت اود تسجيل ملاحظاتي على الكتاب فيما يعود الى عقود التأمين ، ولكنني تركت ذلك تهربا من التطويل .

صيغة العقـــد

١١

لكي يكون العقد ويتحقق لا بد له من إيجاب وقبول دالين على ارادة المتعاقدين، ذلك لأن الارادة مما لا بد منها في تكوين العقد ، وهي كسائر الأمور القائمة بالنفس لا تظهر الا بما يدل عليها من قول أو فعل ، وبدون ذلـــك تبقى سراً مكتوما ، ولا شيء أدل عليها من الاقوال والافعال ، لذلك نص الفقهاء على أن الألفاظ لا بد منها في جميع العقود قال الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبـه : لقد دل الاجماع والشهرة على اعتبار اللفظ في العقود، وأضاف الى ذلك أن النصوص المروية عن النبي والائمة (ع) تؤكد هذا الأمر في الموارد التي يتمكن فيها المتعاقدان من استعمال الالفاظ الكاشفة عن إرادتهما ، وحيث لا يتمكن المتعاقدان من التعبير عن مقصودهما باللفظ كما في الاخرس مثلاً ولم يتمكنا من توكيـــل غيرهما المتمكن من التلفظ ، تكفي منهما الاشارة الكاشفة عن إرادتهما ، ومع العجز عنها يتم التعاقد بينهما بالكتابة (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجاميـع الفقه الشيعي أن الالفاظ من أفضل الوسائل التي تستعمل للتعبير عن الارادة وتجيء في المرتبة الاولى مع التمكن منها .

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الانصاري كتاب البيـع

وقال الدكتور محمد يوسف موسى : ونجد المادة ٩٠ من القانون المدني تنص على أن التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة والاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود (١) .

هذا وقد أشرنا عند الشروع في هذا الفصل الى انواع العقود بصورة موجزة ، ونعود الآن لتفصيل ما أوجزناه أولاً تمهيداً لبيان ما لابد فيه من الايجاب والقبول اللفظيين ، وما لا يحتاج من العقود الى الالفاظ بالنسبة الى القبول كالهبة والعارية ونحوها . والمتحصل من نصوص الفقهاء أن العقود على ثلاثة أقسام .

العقود الإذنية ، وهي التي تحصل بمجرد الاذن والرضا من المالك كالوديعة والعارية ، بناء على أن العارية لا تفيد أكثر من إباحة الانتفاع بالاعيان المستعارة، وقد ذكرنا في أوائل هذا الفصل أن الفقهاء قد اصطلحوا على اعطاء العارية والوديعة اسم العقد ، باعتبار انهما يرتبطان بشخصين معير ومستعير ، وودعى ومودع ، مع العلم بأنهما لا يؤديان معنى العقد بما له من المعنى الذي يتناسب مع معناه اللغوي .

٢ — العقود العهدية التعليقية ، كعقد السبق والجعالة والمزارعة ونحو ذلك مما يكون العوض فيها معلقاً على حصول أمر آخر ، أو يكون استحقاقه مشروطاً بحصول العمل كما هو الحال في الجعالة .

٣— العقود العهدية المنجزة،وهي عبارة عما لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء كالبيع والاجارة والهبة وغير ذلك مما يكفي لترتيب الآثار عليها الانشاء من الطرفين أو من أحدهما .

وبهذا البيان تنتظم سائر العقود التي دونها الفقهاء في مجاميعهم وموسوعاتهم

---

(١) انظر المدخل لدارسة نظام المعاملات ص ٣٢٩ .

الفقهية ، وعلى ما بينها من اختلاف من حيث الآثار والخصوصيات لا بد فيها من توافق الارادتين، والالفاظ هي الأداة الأولى التي تعبر عن الارادة القائمة بالنفس، ولذلك لم يتردد أحد في الأخذ بالألفاظ الصريحة لتعيين مراد المتعاقدين وغيرهما كالشهادات والإقرارات ونحو ذلك ، كما لم يتردد أحد في تقديمها على غيرها من وسائل الكشف عن مراد المتكلم كالكتابة والإشارة والقرائن والكنايات ونحو ذلك مما يمكن الإعتماد عليه إذا تعسر استعمال الالفاظ،وقد ذكرنا بعض النصوص الفقهية التي تؤكد هذا المعنى ، والذي رجحه الشيخ الأنصاري ان العاجز عن استعمال الالفاظ تكفيه الاشارة ولو كان متمكناً من توكيل القادر على استعمال الألفاظ اعتماداً على النصوص التي تصرح بصحة الطلاق الواقع من الاخرس باشارته، وهذه النصوص بمقتضى اطلاقها تنص على صحة طلاقه بالاشارة المفهمة لمراده ولو كان متمكناً من توكيل الغير ، وليس في بقية النصوص ما يشعر بوجوب استنابة الغير عنه .

وكما لا يصح العقد بالكتابة والاشارة مع التمكن من استعمال الالفاظ ، كذلك لا يصح بالكناية في هذه الحالة ، وقد ادعى الشيخ مرتضى الأنصاري وغيره ، ان المشهور بين الفقهاء عدم الإكتفاء بها مع تيسر استعمال الألفاظ ، وأضاف إلى ذلك ان البيع لا ينعقد بقول البائع أدخلته في ملكك ، أو جعلته لك،أو خذه مني فقد سلطك عليه لعدم صراحة هذه الالفاظ في النقل والانتقال، كما نص بعض الفقهاء على انه لا ينعقد بقول البائع : أعطيتكه بكذا ، أو سلّطك عليه بكذا ومرجع هذا القول إلى أنه لا بد من الالفاظ المستعملة في معانيها الحقيقية في العقود ، لأن المجاز لا يمنع الإحتمال المخالف من حيث ان وسائل الكشف التام غير متوفرة فيه ، من غير فرق بين المجازات البعيدة والقريبة .

وقد رجح جماعة من فقهاء الإمامية : ان العقود سواء كانت بيعاً أو خلافه تصح بكل لفظ يدل على المعنى المقصود منها من غير فرق بين الصريح وغيره ، فكما ينعقد البيع مثلاً بلفظ بعت أو ملكت ، ينعقد بقول البائع نقلته إلى

ملكك ، أو جعلت هذا العقار ملكاً لك وغير ذلك من الألفاظ المؤدية هـذا المعنى ، وحتى بالكتابات والمجازات على نحو تكون القرينة الدالة على المعنى المجازي لفظاً موضوعاً للنقل والانتقال بحيث تنتهي دلالة اللفظ على البيـع إلى الوضع ، اما لو كانت القرينة الدالة على المعنى المجـاز خارجة عن العقد ، امـا لأنها غير لفظية، واما لأنها لفظية سابقة على العقد، ففي مثل ذلك لا تكون الدلالة على المراد مستندة إلى اللفظ المستعمل في إيجاب البيـع ، ولا بد من الالفاظ في التعبير عن إرادة المتعاقدين، ولم يفرق أنصار هذا القول بين عقد البيـع وغيره من سائر العقود على اختلاف أنواعها وآثارها (١) .

وقد بالغ بعضهم فجوز استعمال لفظ أعرت في مقام الاجـارة بدلاً من أجرتك اعتماداً على ظهور هذا اللفظ في المراد .

وغالى بعضهم فادعى ان العقود اللازمة قد وضع لها المشرع ألفاظاً مخصوصة يجب الوقوف عندها والاقتصار عليها ، لأن العقود من الاسباب الشرعية المجعولة للنقل والانتقال ، والقدر المتيقن منها هو الالفاظ التي نص عليها الشارع .

ومن مجموع ما تقدم تبين انه لا بد من الالفاظ في العقود من حيث كشفها من ارادة المتعاقدين التي لا يمكن معرفتها إلا بعد التعبير عنها بما يدل عليها ، ولم يظهر من آراء الفقهاء ولا من النصوص وجوب التقيد بألفاظ مخصوصة في إنشاء العقود على اختلاف أنواعها ، وكل ما في الأمر ان الذي ورد على لسان الشارع هو استعمال الالفاظ التي تعبر عن عنوان المعاملة ، فقد عبر عن النقل والانتقال

---

١ – انظر مكاسب الشيخ الانصاري ، وقد فرق الخونساني في منية الطالب بين المجازات المشهورة وغيرها فنص على ان المجازات المشهورة يصح استعمالها في العقود ، لأن شهرة المعنى المجازي توجب انصراف اللفظ اليه عند صدوره لا سيما مع وجود القرينة المعينة له ، اما اذا لم يكن مشهوراً ، فانه يحتاج بالاضافة الى القرينة المعينة الى قرينة صارفة ، فهو عند صدوره يدل على المعنى الحقيقي بالولاية التصورية،وبحسب الدلالة بعد وجود القرينتين يدل على المعنى المجازي، فلا يكون اللفظ آلة لايجاد المعنى المقصود .

بالبيع ، وعن العلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة بالنكاح والزوجية، فلا بد والحالة هذه من استعمال الألفاظ التي تعبر عن نوعية العقد ، فلا يصح التعبير بلفظ وهبت في مقام البيع ، ولا بلفظ بعت في عقد الزواج ، ولم يتضح من النصوص الشرعية اشتراط لفظ خاص في مقام التعبير عن تلك العقود، وكل ما في الامر ان الالفاظ التي تستعمل كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين لا بد وان تكون معبرة وكاشفة عن عنوان تلك المعاملة ، فلفظ بعت في النكاح لا يعبر عن علاقة الزوجية بخلاف زوجت وانكحت ، كما وان زوجت لا تعبر عن المبادلة بين المالين وبذلك تبين ان الشارع وان لم يشترط لفظاً خاصاً للتعبير عن تلك العناوين المسماة بالعقود ، ولكن ذلك لا يعني انه يصح استعمال كل لفظ ولو لم يكن معبراً بمقتضى وضعه عن طبيعة تلك المعاملة المقصودة للمتعاقدين ، بل لا بد فيه من كونه منطبقاً ومعبراً عن عنوان ذلك العقد كما ذكرنا .

وبعد ان تحدث الفقهاء عن هذه المرحلة من مراحل تكوين العقد الراجعة إلى انه لا بد من تكوينه بالالفاظ الكاشفة عن إرادة المتعاقدين تحدثوا عن ناحية أخرى من النواحي المتعلقة بصيغ العقود ، فقالوا : ان صيغة العقد تتم بإيجاب البائع وقبول المشتري ، ولم يختلفوا في انه يتم بصيغة بعت من البائع في مقام الإيجاب ، وان كانت من الصيغ التي تستعمل في البيع والشراء، إلا ان استعمالها في الإيجاب بلغ حداً يوجب انصرافها إلى الإيجاب بمجرد صدورها من الموجب .

اما لفظ شريت فقد رجح أكثرهم جواز استعماله في الإيجاب من البائع ، لأنه من الالفاظ المشتركة بين البيع والشراء كما نص على ذلك المؤلفون في اللغة ، ولأنه لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع كما نص على ذلك بعض الفقهاء ، قال تعالى : وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين .

وقال : ومنهم من يشري نفسه ابتغاء مرضاة الله ، إلى غير ذلك من الآيات التي ورد فيها لفظ الشراء بمعنى البيع ، وقال في الجواهر : ويتحقق إيجاب البيع

بيعت قطعاً ، وشريت على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً (١) .

ونص غيره من الفقهاء على ان الإيجاب من البائع لا يتم بهذا اللفظ لأن كثرة استعماله في الشراء أوجبت انصرافه عن معنى البيع عند اطلاقه بنحو أصبح استعماله في إنشاء البيع محتاجاً إلى قرينة معينة لإرادة هذا المعنى منه .

ومن الالفاظ التي يصح استعمالها في إنشاء البيع من البائع ملكت، وقد ادعى بعض الفقهاء الاتفاق على صحة الإيجاب به ، ويؤيد ذلك ما جاء في تعريف البيع من انه تمليك مال بعوض ، وان ملكت وبعت من الالفاظ المترادفة كما نص على ذلك أهل اللغة ، وارادة هذا المعنى منه لا يتنافى مع استعماله في مقام الهبة ، ذلك لأنه إذا استعمل في الهبة لا بد من تجريده عن العوض ، وفي البيع لا ينعقد بيعاً بدون ذكر العوض ، فإذا ذكر العوض بعده أفاد معنى البيع ، وان تجرد عنه أفاد الهبة ، ومن ذلك تبين ان بعت وشريت يصح استعمالها في الايجاب والقبول ، وان كانت الأولى أدل على انشاء البيع من الثانية ، كما وان شريت أصرح في الشراء من بعت ، والذي يعين ارادة أحد المعنيين منهما ان شريت إذا استعملت في انشاء البيع تتعدى إلى مفعولين ، وإذا كانت بمعنى القبول لا تحتاج إلا إلى مفعول واحد ، وهكذا الحال بالنسبة إلى بعت، وأجاز بعض الفقهاء انشاء البيع بلفظ اشتريت .

وقال صاحب الجواهر بهذه المناسبة : والمدار على صراحة اللفظ في المعنى المراد ، ولم يثبت من الأدلة اختصاص البيع بلفظ معين، ولا من الفقهاء اشتراط أمر زائد على صراحة اللفظ في المعنى .

واما القبول فيصح بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وابتعت وتملكت ونحو

---

(١) انظر الجواهر كتاب المتاجر ص ٥٤ ، والمكاسب مبحث الالفاظ التي تتم بها العقود .

ذلك بما يدل على قبول المشتري ورضاه بالمبادلة بين المـــالين (١) ، ومع ان اكثر الفقهاء لم يشترطوا لفظاً معيناً في مقام الايجاب والقبول ، ويكتفون بلفظ البيع والشراء وما يشتق منها ، والتمليك ومشتقاته وغير ذلك بما هو كاشف عن ارادة المتعاقدين ، ومع ذلك يؤثرون صيغة الماضي في التعبير عن الإرادة ، ولعل ذلك من جهة انها أصرح في التعبير عنها في المرحلة النهائية التي هي مرحـلة الجزم والبت ، بعد ان تتجاوز دور التردد والتفكير والمفاوضة ، بخلاف غيرها مـن الصيغ كصيغة الأمر والمضارع ، حيث انهما لم يتمحضا للحال ، بل يحتملان الحال والاستقبال ، ولذلك لا بد من الرجوع إلى الظروف والملابسات التي تحيط بهاتين الصيغتين فإن دلتا على الحال وكشفتا عن ارادة المتعاقدين في انشاء التمليك بهما يتم العقد ، وإلا فلا ، ونظراً لأنهما لم يتمحضا للدلالة على الحال الذي لا بد منه في انشاء البيع ، نص جماعة من الفقهاء على ان العقد لا يتم بهما ، لأن المضارع اخبار عما يحدث في المستقبل ، والأمر يفيد معنى الاستدعاء والطلب ، فلا يدلان على انشاء التمليك في الحال ، ولكن أكثر الفقهاء أجازوا استعمال جميع الالفـاظ والصيغ في العقود اعتماداً على النصوص التي تدل وقوع العقد بلفظ المضارع .

فقد جاء في صحيحة رفاعة : انه سأل أبا الحسن موسى بن جعفر(ع) : أيصلح لي ان أشتري من القوم الجارية الأبقة فأعطيهم الثمن وأطلبها انا ؟ قال (ع) لا يصلح شرائها الا ان تشري معها ثوباً أو متاعاً تقول لهم : أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا درهماً فإن ذلك جائز .

وجاء في رواية هشام بن سالم ، انه قال قلت له كيف أتزوج المتعة؟ قال (ع) تقول يا امة الله أتزوجك بكذا وكذا يوماً بكذا درهما، وروى سماعة عن الامام (ع) انه قال له إذا أردت ان تشتري المصحف ، فقل له : أشتري منك الجـلد والورق بكذا درهماً ، إلى غير ذلك من المرويات الموزعة في كتب الفقه ، والتي

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الانصاري .

بظاهرها تدل على جواز استعمال المضارع في انشاء البيع (١) ، هذا بالاضافة إلى العمومات التي تدل على وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع والتجارة الشاملة بعمومها لصورة انشاء البيع بلفظي المضارع والأمر إذا تحقق بهما انشاء التمليك والمبادلة في الحال ، ومع التغاضي عن جميع ذلك ، فإن الفعل الماضي يفيد الاخبار عن التلبس بالمبدأ في الزمان الماضي ، فلو أنشأ المتعاقدان العقد بصيغة الماضي ، فهو بلحاظ المعنى الحقيقي يكون اخباراً عن وقوع البيع في الزمن الماضي ، وإذا قصدا به الانشاء ، يكون استعماله بهذا المعنى مجازاً لأنه استعمل في غير معناه .

اما الفعل المضارع ، فانه مشترك بين الحال والاستقبال، فلو استعمل في انشاء البيع في الحال يكون مستعملاً في معناه الموضوع له ، ويكون أولى بالصحة من الماضي ، لأن الماضي لا يدل على الانشاء إلا بقرينة المقام التي تعين قصد الانشاء منه ، وهذه القرينة بعينها هي التي تعين أحد معنيي المضارع منه وهو الإنشاء دون الإخبار، كما تعين استعمال الأمر في انشاء المبادلة فيما لو انشأ البائع البيع به، والاستدعاء الراجع إلى طلب إيجاد الفعل إنما يتعين ارادته من الأمر حيث يمتنع انشاء الفعل بالصيغة كما في مثل أضرب ، اما غيرها كبع واشترى من صيغ الأمر فيصح استعمالها في انشاء المبادلة بين المالين ، وكل ما في الأمر ان استعمال الأمر في انشاء البيع ليس مألوفاً عند العرف ، والشارع لم يتخطى ما هو المألوف

---

(١) ومن القريب بالنسبة الى هذه المرويات ان تكون واردة لبيان الكيفية التي يجب اتباعها في البيع والشراء من حيث التفاهم بين المتعاقدين على محل العقد ، لا لبيان الصيغة التي يجوز استعمالها في انشاء العقود انظر شرح المكاسب للسيد كاظم ص ٨٨ ولكن هذا الاحتمال يكاد ان يختص في الروايات التي تعرضت لمسألة بيع العبد الابق والمصحف، ولا يجري في الروايات الواردة في النكاح ، وقد جاء في رواية ابان بن تغلب عن الصادق (ع) انه قال تقول لها : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا موروثة كذا سنة بكذا درهماً فهي نص في جواز استعمال صيغة المضارع في انشاء العقد .

عرفاً في المعاملات والتجارات في الغالب (١) .

ومن مجموع ذلك تبين ان المبدأ العام المستفاد من أدلة الأحكام ومن النصوص الفقهية فيا يرجع إلى صيغة العقد ، ان الألفاظ لا بد منها للتعبير عن ارادة المتعاقدين ، وهي مقدمة على غيرها من وسائل التعبير عن الارادة لأنها أصرح من الاشارة والكتابة ونحوهما ، وكل لفظ يدل على انشاء المبادلة والنقل والانتقال يتكون منه العقد ، وكلما كان اللفظ أصرح في الدلالة على هذا المعنى تكون له الأفضلية على غيره من الالفاظ التي ليست بتلك الصراحة ، والقائلون بعدم كفاية المجاز والكناية والمضارع والأمر والإستفهام في تكوين العقد يقولون بذلك من حيث ان هذه الصيغ لا تدل على الإنشاء في الحال إلا بضميمة بعض القرائن الخارجة عن اللفظ ، ولو افترضنا ان هذه الصيغ تدل على انشاء النقل والإنتقال في الحال ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بها على نحو تكون دلالتها على هذا المعنى مستفادة من اللفظ لا من خارجه ، لو افترضنا ذلك يصح استعمالها في العقود عند أكثر الفقهاء كغيرها من الألفاظ التي هي أصرح وأكمل دلالة على المقصود .

وقد رجح جماعة من الفقهاء ان الصيغ التي يتكون منها العقد لا بد وان تكون باللغة العربية واسرف بعضهم فاعتبر العربية في كل ما لا بد منه في العقود، اقتداء بالمشرع ، ولأن من يشترط في تكوينه ان يقع بصيغة الماضي مثلاً، يلزمه ان يشترط وقوعه باللغة العربية بالأولوية ، ولكن الرأي الفقهي الشائع المنتشر بين الفقهاء هو عدم اعتبارها وجواز استعمال أي لغة كانت في انشاء العقود عملاً بالإطلاقات والعمومات التي نصت على تشريع العقود ووجوب الوفاء بها (٢) .

وقد بالغ وحيد الدين سوار في كتابه التعبير من الإرادة في قوله ان مذهب

---

(١) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٩٨ .
(١) انظر نهج الفقاهة للسيد محسن الحكيم ص ٩٧ .

الإمامية في طليعة المغرقين في تقديس الألفاظ ، ذلك لأن فيهم من يحتم التعبير عن الإرادة باللغة العربية ، ويلزم العاقد بمراعاة أحكام البناء والإعراب بالصيغة العقدية على حد تعبيره ، هذه النسبة لبعض فقهاء الإمامية وان كانت صحيحة كما ذكرنا ، الا ان اعتبار مذهب الإمامية في طليعة المغرقين بتقديس الالفاظ مبالغة لا مبرر لها من المؤلف ، ذلك لأن أنصار هذا الرأي عدد يسير من الفقهاء ، ولا يسوغ نسبة رأي إلى الفقهاء ما لم يكن مجمعاً عليه بينهم أو متفقاً عليه بين أكثرهم، على ان أنصار هذا الرأي من الجعفريين ليسوا بأكثر من غيرهم من فقهاء المذاهب الاربعة الذين يشترطون في العقود ان تكون بالالفاظ التي وردت في الكتاب والسنة ، ونص جماعة منهم على ان عقد النكاح لا يتم إلا إذا كانت صيغته من مادتي نكح وزوج لأنهما وردتا في القرآن فيجب الوقوف عندهما ، ولا يتم العقد بدونهما ، ونسب الدكتور محمد يوسف ذلك إلى الحنابلة والشوافع والمالكية ومهما كان فالخلاف الواقع بين فقهاء الشيعة فيما يتكون به العقد واقع بين غيرهم من فقهاء المذاهب الاربعة ، وكما غالى بعض فقهاء الشيعة في تقديس الالفاظ يوجد بين فقهاء المذاهب الاخرى من هم أكثر غلواً وتقديساً للالفاظ . قال الشوافع : لا ينعقد البيع إلا بالصيغة الكلامية ، أو ما يقوم مقامها من الكتاب والرسول واشارة الاخرس المعلومة وجوزه بعضهم بالأخذ والتعاطي في الاشياء اليسيرة .

وقال الأحناف : ان البيع يتم بالقول والفعل ، وله ركنان الركن الاول الايجاب والقبول ، والثاني الاخذ والعطاء من غير فرق بين الاشياء اليسيرة والثمينة، والايجاب والقبول بالقول يحصلان بكل لفظ يدل على التمليك والتملك كبعت واشتريت وأعطيت ورضيت وأسلمت لك هذا الشيء بكذا ، وبلفظ الهبة وغير ذلك من الالفاظ (١) ، وان كان ماضياً ، أو مضارعاً يحتمل الحال والاستقبال ، كما لو قال البائع للمشتري : أبيعك الآن ، فإن البيع يتم بهما من دون حاجة إلى قصد انشاء البيع بها ، اما إذا كان مضارعاً يحتمل الحال

(١) وقد ذكرنا ان التوسعة الى هذا الحد ذهب اليها جماعة من فقهاء الامامية .

والاستقبال ، أو كان متمحضاً للاستقبال ، كما لو اقترن بالسين وسوف ، فإن البيع لا ينعقد بذلك إلا إذا نوي البائع الايجاب في الحال ، من غير فرق بين ان يكون الايجاب والقبول بصيغة المضارع ، أو كان الايجاب بها والقبول بصيغة الماضي .

وقال المالكية : ينعقد البيع بكل لفظ يدل على الرضا كبعت واشتريت وغيرهما،والفرق بين وقوعه بصيغة الماضي وبين وقوعه بغيرها، انه لو وقع بصيغة الماضي من البائع والمشتري ينعقد لازماً ، ولا يحق لأحدهما الرجوع فيما أنشأه سواء كان قبل القبول من المشتري أو بعده ، وأضافوا إلى ذلك : انه لو حلف بأنه لم يكن قاصداً بقوله بعت انشاء البيع لا يقبل منه ، وإذا كان بصيغة الأمر ، كما لو قال المشتري للمالك بعني هذا المتاع . فقال له البائع : بعت . فإن البيع يتم بذلك ، ولكنه لا يكون لازماً عند أكثرهم إذا حلف المشتري بأنه لم يكن قاصداً بقوله بعني هذا المتاع الشراء .

وإذا كان الايجاب أو القبول بصيغة المضارع ، فإن البيع لا يلزم بذلك ، وللبادىء به الرجوع بالبيع ، وبعد القبول من المشتري ليس له الرجوع إلا إذا حلف أنه لم يقصد البيع .

وقال الشافعية : ان البيع ينعقد بكل لفظ سواء كان صريحاً أو كناية ، ومثلوا للصريح بصيغة الماضي، وللكناية بالالفاظ التي تحتمل معنى آخر غيرانشاء التمليك مثل أعطيتك هذا الثوب بذاك الثوب، أو أعطيتك هذه الدابة بتلك ، فإن هذه الألفاظ كما تحتمل البيع تحتمل الإعارة ، وأضافوا إلى ذلك : انه إذا اقترن اللفظ المحتمل بذكر الثمن كما لو قال المالك لشخص : وهبتك هذا العقار بكذا درهماً ، فانه يقع بيعاً لأن الهبة لا تحتاج إلى ذكر الثمن ، ومن الكنايات ما لو وقع البيع بصيغة المضارع ، ويصح عندهم تقديم القبول على الإيجاب ، إذا كان بصيغة الطلب ، كما لو قال المشتري للمالك : بعني هذه الدار . فقال له البائع:

بعتك ، فينعقد البيع لازما ، اما لو كان القبول بصيغة الاستفهام ، بأن قال له هل تبيعني الدار ، فقال له بعتك فلا يتم العقد في مثل ذلك ، لأن الاستفهام لا يدل على انشاء التمليك .

ولم يفرق الحنابلة بين لفظ وآخر وأجازوا وقوعه بكل لفظ يدل على انشاء التمليك بنفسه أو بالواسطه ، كملكتك ووليتك ، وبعتك وغير ذلك من الألفاظ التي تؤدي انشاء المبادلة بين المالين .

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد : ان البيع لا يصح إلاّ بصيغ الماضي من ألفاظ البيع والشراء ، وأضاف إلى ذلك : ان الشافعي نص على وقوع العقد بالالفاظ الصريحة والكنايات (١) .

وقال السنهوري في الجزء الاول من مصادر الحق : ان الفقه الاسلامي يؤثر صيغة الماضي في العقود لانها المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية، اما صيغ المضارع والأمر والإستقبال والإستفهام فلأنها تحتمل الحال والاستقبال، ولأن الصيغة التي يتم بها العقد لا بد وان تتمحض للحال دون الاستقبال ، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات فإن دلت على الحال يتم بها العقد ، ونقل عن البدائع أحد مجاميع فقه السنة : ان صيغة الماضي وان كانت أخباراً عما مضى ، إلا انها في عرف أهل اللغة والشرع تستعمل للانشاء في الحال ، وبالنسبة إلى صيغة المضارع لا بد من قصد استعمالها في انشاء التمليك في الحال لكي يتم بها العقد ، لأن الغالب فيها استعمالها في الاستقبال ، وبالنسبة إلى صيغ الاستفهام فقد نقل عن البدائع : ان البيع لا ينعقد بها عند جميع الفقهاء ، وقد استخلص السنهوري من مجموع النصوص الفقهية ثلاثة قواعد .

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الاربعة ص ١٨٧ و ١٨٨ من الجزء الرابع ، وبداية المجتهد لابن رشد الجزء الثامن ص ١٦٩ .

الاولى : ان كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ به ويتم به العقد ، لأن الارادة الظاهرة فيه واضحة لا نحتاج معها إلى الإرادة الباطنة التي هي عبارة عن النية .

الثانية : كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الباطنة، لأن الارادة الظاهرة فيه غير واضحة لاحتماله لكلا الأمرين، وذلك كصيغة المضارع .

الثالثة : فيما لو كان اللفظ متمحضاً للاستقبال كصيغ الأمر والاستفهام فلا ينعقد به البيع ، ويؤخذ فيه بالارادة الظاهرة لوضوحها ، ومن هـذه الامور الثلاثة نتج ، ان المبدأ العام المتبع هو الأخذ بالارادة الظاهرة ، ونعني بها مـا يستفاد صراحة من اللفظ ، وهذه الارادة الظاهرة أن لم تحتمل غير الحال يتم بها العقد، كما في صيغ الماضي، وان لم تحتمل غير الاستقبال لا تصلح لتكوين العقد، وان كانت صالحة للأمرين لا بد من الرجوع إلى نيـة المتكلم ، وهي الارادة الباطنة المعينة لمراده ، فاذا تبين لنا انه قصد بها انشاء التمليك يتم بها العقد وإلا فلا (١) ، ومضى السنهوري يستعرض النصوص الفقهية في مجاميع السنة لينتزع منها المبدأ الذي أشار إليه ، ووقف مع فتح القدير شرح الهداية ، حيث نص على ان صيغة العقد مهما كانت لا يتم بها العقد إلا مع الارادة من غير فرق بين بعت وأبيع ، فاذا انضمت إليها نية الانشاء في الحال يتم بها العقد ، كما يتم بصيغة الاستقبال إذا قصد بها البائع الإيجاب في الحال ، وقد استفاد السنهوري من هذا النص ان شارح الهداية قد تخطى عناية الفقهاء بالالفاظ واعتمد على النية الباطنة التي هي عبارة عن ارادة المتعاقدين ، لأنه لم يفرق بين الماضي وغيره من الصيغ التي يغلب فيها الاستعمال في الاستقبال ، مع العلم بأن الفقهاء يقفون عند الصيغ في العقود ، وينتزعون منها الارادة الظاهرة ، التي هي عبارة عن المعنى الموضوع له اللفظ على حد تعبيره ، وإذا صدر اللفظ من المتعاقدين وكان دالاً على الحـال ،

---

١) انظر مصادر الحق الجزء الاول ص ٨٩ و ٩٠ .

يكشف عن قصدهما لإرادة النقل والانتقال من انشاء العقد به. وبعد ان استعرض السنهوري آراء الفقهاء ونصوصهم الفقهية انتهى إلى النتيجة التالية .

وهي ان صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الائمة الثلاثة مـــا عدا أبا حنيفة ، وصيغة الماضي يتم بها عند الجميع بلا خلاف في ذلك من أحد ، وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لاتمام العقد، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام، ولا بصيغة الاستقبال، وأضاف إلى ذلك ان التقنين المدني العراقي في المادة ٧٧ قد أخذ بهذه النتيجة .

وقد رجح الدكتور محمد يوسف انعقاد العقد بطرفيه الايجاب والقبول بكل لفظ يدل على ارادة المتعاقدين ، وبأي لغـــة كانت تلك الألفاظ ، ونسب إلى المالكية والحنابلة والشوافع الوقوف عند الالفاظ المشتقة من مادتي نكح وزوج في عقد النكاح نظراً لأن فيه معنى العبادة ، ولأن هاتين المادتين نص عليهما القرآن الكريم في سورة النساء والاحزاب (١) .

وأورد عليهم ان هذه النظرة من أولئك الفقهاء مادية شكلية ضيقة ، فليس لنا ان نعتد بها وبخاصة ان من مميزات الفقه الاسلامي عدم الشكلية بصفة عـــامة ، واستطرد يقول : ان الأصل في العقود ومنهـــا عقد الزواج قيامها على تراضي الطرفين ، هذا التراضي الذي يدل عليـــه التعبير الصحيح الواضح على ارادة كل منهما ، ومن الحرج الذي لا وجه له من الحق تقييد طرفي عقد الزواج باستعمال ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان، ما دامت بجانب هذه الألفاظ ألفاظ أخرى تدل على مرادهما .

ونسب إلى الأحناف انهم يجيزون انعقاد عقد الزواج بلفظ التزويج والنكاح

---

(١) قال في سورة النساء : ولا تنكحوا ما نكح آباءكم من النساء الا ما قد سلت . وفي سورة الأحزاب : فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في ازواج ادعيائهم .

وغيرهما مما يشتق من هاتين المادتين وبكل لفظ آخر وضع لتمليك العين في الحال كلفظ الهبة والصدقة والعطية والبيع والشراء بشرط نية أو قرينة تعين ان المراد هو الزواج ، وبشرط فهم الشهود والمقصود (١) .

وقال القرافي في الفردق : ان النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ، وادعي ان الاصحاب يقولون : انه ان قصد بلفظ الاباحة النكاح صح ويضمن المهر ، ويكفي ان يقول الزوج بعد ذلك قبلت ، ولو قال شخص لآخر زوجني ، فقال له : فعلت . فقال ذلك الشخص : لا أرضى . لزمه النكاح ، لاجتماع جزئي العقد ، ولأن السؤال رضا بحسب العادة ، واستطرد القرافي يقول : ان أبا حنيفة جوزه بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد ، وجوزه مالك بكل لفظ يفهم منه المتناكحان مقصودهما (٢).

وإذا كان قيام العقود على التراضي سواء في ذلك النكاح وغيره كما يدعي محمد يوسف موسى والقرافي في الفردق ، وان تقييد عقد النكاح بألفاظ معينة حرج ومخالف للحق على حد تعبير الدكتور محمد يوسف ، فمن اللازم الاكتفاء بكل ما يدل على التراضي قولاً كان أم فعلاً كاللمس والتقبيل ونحوهما ، ولو جاز لنا ان نتعدى عما جاء في القرآن من ألفاظ العقد وما ورد في السنة الكريمة وجرت عليه سيرة المسلمين والعرف ، لو جاز لنا ان نتعدى عن كل ذلك إلى لفظ الهبة والعطية في انشاء النكاح ، لم يبق ما يمنع من الاكتفاء بالأفعال التي تدل على تراضي الطرفين بالزواج ، كما يجوز الاعتماد عليها في البيع والشراء عند القائلين بكفاية التعاطي فيهما ، ولا أحسب ان فقيهاً يعتمد في فقهه على كتاب الله وسنة نبيه يلتزم بذلك .

---

(١) انظر المدخل لمعرفة نظام المعاملات عن حاشية ابن عابدين على الدر المختار جلد ٢ ص ٢٧٥ و ٢٧٦ .

(٢) انظر الفزوق للقرافي الجزء الثالث ص ١٤٣ ، وجاء في احكام القرآن للجصاص المجلد الثاني ما يؤكد ان الاحناف اجازوه بكل لفظ قياساً على جوازه للنبي (ص) فيما لو وهبت له امرأة نفسها كما جاء في الآية : وامرأة مؤمنة وهبت نفسها للنبي ، انظر ص ٤٥١ .

التعبير عن الارادة بغير اللفظ

١٢

لقد ذكرنا ان العقد لا يتم إلا بعد توجه ارادة المتعاقدين لانشائه وابرامه ، وقلنا ان هذه الإرادة كغيرها من الامور الخفية التي لا بد لها من مظهر ، وان الألفاظ من أقوى الوسائل الكاشفة عن خفايا النفوس ، وقد استعرضنا الجانب المهم من النصوص الفقهية فيا يعود إلى الالفاظ التي تتم بهـــا العقود ، والسؤال الآن ، هو ان التعبير عن الارادة لا يكون بغير الالفاظ ، أو انه يحصل بغيرها كالاشارة والكتابة ، والتعاطي من الطرفين ونحو ذلك من الوسائل التي تكشف عن ارادة المتعاقدين ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بالمتعاقدين .

وبتعبير آخر هل الفقه يقف عند الألفاظ في ابرام العقود ، أو انه يتخطاها مع العجز عنها إلى الإشارة والكتابة والتعاطي كغيره من القوانين المدنية التي تنص على ان التعبير عن الارادة يتم بكل واحد من هذه الامور الثلاثة حتى مع تمكن المتعاقدين من استعمال الألفاظ لهذه الغاية (١) .

وهنا يختلف نظر الشرعيين وبخاصة الجعفريين منهم عن المدنيين ، حيث ان

(١) تنص المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد على ان التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة والاشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون بإتخاذ المتعاقدين موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود انظر نظرية العقد لسليمان مرقس ، والمدخل لدراسة نظام المعاملات في الفقه الاسلامي ص ٣٢٩ .

المجوزين لاستعمال الاشارة والكتابة في العقود ، إنما يكتفون بها بعد العجز عن الألفاظ ، اما مع التمكن من استعمال الالفاظ فلم يذهب أحد إلى الإكتفاء بالاشارة والكتابة في انشاء العقود .

وقد نسب وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الارادة إلى المالكية والحنابلة الاكتفاء بالاشارة والكتابة حتى مع تمكن المتعاقدين من استعمال الألفاظ، ونقل عن حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري انه قال: وينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو اشارة منهما أو من أحدهما ، ولا خلاف بين الجعفريين في ان الاكتفاء بالاشارة ونحوهما إنما هو بعد العجز عن النطق .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه : « ان اعتبار الألفاظ في البيع وجميع العقود مما نقل عليه الاجماع ، وتحققت فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة اليه في بعض النصوص ، ولكن هذا يختص بصورة القدرة ، اما مع العجز منها كالأخرس مثلاً فمع عدم القدرة على التوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه ، وكذا مع القدرة لإصالة عدم وجوبه كما قيل . وأضاف إلى ذلك ان النصوص قد دلت على صحة الطلاق من الاخرس ، وهي بإطلاقها تشمل صورة تمكنه من توكيل غيره في ايقاع صيغة الطلاق ، والنصوص التي أشرنا إليها وان وردت في الطلاق ، إلا ان ترخيص الشارع بإيقاع الطلاق من الاخرس بالإشارة هذا الترخيص مع احتياط الشارع وتشدده في الأعراض أكثر من أي شيء كان ، يدل على صحة بيعه وجميع عقوده حتى مع تمكنه من توكيل الغير .

وقال في منية الطالب : وكيف كان فسواء قلنا بأن الفعل ليس مصداقاً لعنوان العقد ، أو قلنا بأنه مصداق له ، ولكن الاجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم ، فالاشارة من الاخرس تقوم مقام اللفظ ، وان لم تقم مقام معاطاته أي

أخذه وإعطاءه ، وذلك لأن اشارة الاخرس وان كانت من جملة أفعاله ، إلا ان قصور الفعل عن كونه ايجاداً لعنوان العقد ، إنما هو في غير اشارته ، فان اشارته لا تقصر عن قول غيره لا سيما عند من يفهم مقاصده الكلية والامور الغير المحسوسة ، ورجح كفاية الأشارة من الاخرس حتى مع تمكنه من توكيل غيره اعتماداً على النصوص إذا كانت مفهمة ورقعت بقصد انشاء المعاملة .

وكما يتم العقد بالإشارة يتم بالكتابة أيضاً إذا لم يتمكن من انشاء العقد باللفظ والاشارة وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على بعض النصوص التي تشير إلى الاكتفاء بالكتابة من الأخرس. ففي رواية أبي نصر البزنطي : انه سأل أبا الحسن علي بن موسى الرضا (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم ، قال (ع) اخرس هو ؟ قلت نعم ويعلم منه بغض لإمرأته وكراهة لها ، أيجوز ان يطلق عنه وليه ؟ قال لا ، ولكن يكتبه ويشهد على ذلك .

وروى أبو حمزة الثمالي عن أبي جعفر الباقر (ع) انه سأله عن رجل قال لرجل اكتب إلى امرأتي بطلاقها وإلى عبدي بعتقه ، قال (ع) : لا يكون ذلك طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده .

وكفاية الكتابة في الطلاق يدل على الاكتفاء بها في غيره من العقود بالأولوية ، لأن المعلوم من حال الشارع انه احتاط في الاعراض وتشدد فيها أكثر من كل شيء .

ويبدو من النصوص الفقهية ان بعض الفقهاء يرجح الاشارة على الكتابة مع التمكن منها ، ومن هؤلاء الشيخ الانصاري بحجة انها أصرح من الكتابة في التعبير عن ارادة المتعاقدين ، بينما رجح غيره الكتابة مع التمكن من الاشارة اعتماداً على النصين اللذين نقلناهما عن البزنطي والثمالي ، ومن بين هؤلاء العلامة

الحكي في كتبه الثلاثة التحرير والدروس ونهاية الاحكام (١) .

ويظهر من الجواهر الاكتفاء بها باعتبارها من مصاديق الاشارة لا فرداً مقابلاً لها ، وقد تفرد وحده بهذا الرأي لأن الفقهاء بين من يرى انها مقدمة على الاشارة، وبين من يرى ان الاكتفاء بها إنما هو بعد العجز عن انشاء العقد بالإشارة ، وبين من تردد في صحة استعمالها في العقود على جميع التقادير، واحتج لذلك بأن الكتابة ليست مصداقاً في العرف والعادة لعنوان عقد أو ايقاع ، لذلك لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء النقل والانتقال المقصودين من المعاملة ، ولازم ذلك ان الفعل أو الانشاء إذا لم يكن مصـــداقاً لعنوان من عناوين العقود والايقاعات بنظر العرف وفي عوائد الناس ، هذا الفعل إذا أتى به المتعاقدان بقصد ايجاد تلـــك العناوين التي هي موضوع للأثر الشرعي والعرفي كالبيع والاجارة والنكاح ونحو ذلك ، فقصد انشاء العقد به والحالة هذه لا يكفي في تكوين العقد إلا إذا كان بنظر العرف من مصاديق العقود ، وعليه يكون الاكتفاء بالكتابة في الطـلاق لأجل النص،وليس لنا ان نتخذ من ذلك مبدأ عاماً يسري في كل مورد لا يتمكن معه الانسان من التعبير عن مقصوده بالالفـــاظ ، نعم لو كانت الكتابة من جملة الوسائل التي تتم بها العقود بنظر العرف والعوائد المتبعة ، تكون النصوص الـتي نصت على الاكتفاء بها في الطلاق والوصية اقراراً لما هو المتبع المتعارف بـــين الناس ، لا تأسيساً واختراعاً لأمر مستحدث لم يعرف عنـه الناس شيئاً ، ومعنى ذلك ان النصوص التي أشارت إلى كفاية الطلاق بالكتابة لم تكتف بها تعبدا او لخصوصية في الطلاق،بل لأجل ان الكتابة مع العجز عن النطق يصح الإعتماد عليها في مقام التعبير عن ارادة المتعاقدين بنظـر العرف ، ولو كانت أصرح من الاشارة وأقوى دلالة منها تكون لها الأفضلية عليها (٢) .

---

(١) انظر الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والمكاسب للشيخ مرتضى الانصاري، ومنية الطالب للخوئساري .

(٢) انظر منية الطالب ص ١٠٣ و ١٠٤ .

ومن ذلك تبين ان ما نسبه الدكتور وحيد الدين سوار إلى الامامية من انهم يرون الكتابة والاشارة من العاجز عن النطق في عرض واحد هذه النسبة لا واقع لها ، ذلك لأن فقهاء الامامية بعد ان أقروا مبدأ الاكتفاء بجميع الوسائل التي تعبر عن ارادة المتعاقدين العاجزين عن النطق في انشاء العقود ، بعد ان أقروا ذلك انقسموا إلى فئتين احديها ترجح الاشارة على الكتابة ، والثانية ترجح الكتابة عليها تمشياً مع النصوص المروية عن الائمة (ع) في الاكتفاء بها في الطلاق والعتق كما ذكرنا ، وقد اعتمد المؤلف في هذه النسبة على ما جاء في الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والموجود فيها لا يعبر عن رأيه النهائي في هذه المسألة ، على ان رأي الواحد او الاكثر لا يعبر عن رأي الامامية في أي واقعة من الوقائع ، ولا تصح نسبة رأي إليهم إلا إذا كان ضرورياً ، أو مجمعاً عليه ، أو مشهوراً عند الأكثرية الغالبة من فقهائهم المتقدمين والمتأخرين ، اما نسبة الرأي إلى الامامية لمجرد ان فقيهاً واحداً أو أكثر قد تبناه أو رجحه على غيره ، فذاك من الأغلاط ، لأن فقهاء الامامية في كل عصر يتخطون حدود المئات ولكل واحد منهم ان يجتهد ويحكم بما يستوحيه من أدلة التشريع ، فلو اتفق عشرة من الفقهاء على حكم واقعة من الوقائع وخالف الباقون لا يصح نسبة الحكم إلى الامامية لمجرد اتفاق العشرة أو الاكثر عليه ، ما دام الخلاف واقعاً من طرف الباقين . وقد وقع وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الارادة في هذا الخطأ أكثر من مرة ، كما سننبه على ذلك في خلال المباحث الآتية .

ولعل السبب الذي أوقعه هو وغيره في هذا النوع من الخطأ يعود إلى الأمرين التاليين :

الاول : عدم تعرفهم على فقه الشيعة واستقصاء آراء فقهائهم المنتشرة في أكثر المجاميع والموسوعات الفقهية .

الثاني : جهلهم بطريقة الامامية في استنباط الأحكام ، وبالصلاحية التي يتمتع

بها الفقيه الشيعي ، وقد استقصينا هذين المبحثين في كتابنا المبادىء العامة للفقه الجعفري (١) ونشير هنا إلى ما فصلناه في الكتاب المذكور بصورة مجملة .

ان المجتهد الشيعي يعتمد في معرفة الاحكام على كتاب الله وسنة رسوله التي رواها الثقاة من المسلمين وعلى المرويات عن ائمة الشيعة باعتبارها تمثل أقوال الرسول وآله (ص) وأفعاله ، كما يعتمد على الاجماع باعتباره أيضاً يشتمل على الحجة الشرعية ، ويعتمد بالاضافة إلى ذلك على العقل وعلى الاصول والقواعد العامة التي أرجع إليها الشارع في موارد تعذر الوصول إلى النص الكافي لاستخراج الحكم ، وله ان يحكم بما يستنبطه من هذه الأدلة حتى ولو خالف أكثر الفقهاء ، وان يتخطى آراءهم جميعاً عندما تحصل له القناعة الكافية من تلك الأدلة ، وهذا النوع من الصلاحية التي يتمتع بها الفقيه الشيعي من فوائد فتح باب الاجتهاد الذي لا يزال مفتوحاً من أقدم العصور للتشريع الاسلامي .

ومهما كان الحال فالآراء في الاشارة والكتابة عند الجعفريين إذا اعتبرنا ما ذكره في الجواهر رأياً له لا تتعدى الآراء التالية :

الاول : تقديم الاشارة على الكتابة كما رجح ذلك أكثر الفقهاء .

الثاني : تقديم الكتابة عليها ورجحه جماعة من الفقهاء اعتماداً على النصوص التي تعرضت لطلاق الاخرس ، ويدعي وحيد الدين سوار : انه الرأي المتبع عند الأحناف ، وان القوانين الحديثة قد اتجهت إلى الاخذ به ، كما أخذ به قانون الاحوال الشخصية السوري ، فلقد جاء فيه : يصح الايجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة ان كان يكتب ، وإلا فباشارته المعلومة ، ويقع الطلاق باللفظ والكتابة ، ومن العاجز عنهما باشارته المفهمة (٢) .

---

(١) من منشورات دار النشر للجامعيين خلال سنة ٩٦٣ .

(٢) المصدر السابق ١١٨ .

الثالث : مساواة الاشارة للكتابة باعتبار انها مصداق لها كما رجح ذلك في الجواهر والمراد من الكتابة التي يتم بها العقد : ان يكتب البائع صيغة العقد بقصد انشاء المبادلة بين المالين في الحال ، وعندما تتم الكتابة ينشىء المشتري القبول باللفظ ان كان متمكناً من استعمال الالفاظ ، وإلا فبالاشارة أو الكتابة ، ولم يتعرض الفقهاء الجعفريون لانشاء العقود بالمراسلة ، كما لو حمل المالك صيغة العقد لشخص بقصد انشاء النقل على ان يوصلها إلى المشتري ، بأن قال له : اذهب إلى فلان ، وقل له اني قد بعتك عقاري أو داري بكذا وعندما يبلغ الرسول الرسالة إلى المشتري ينشأ هو بدوره القبول ، فيتم العقد بينهما بهذه الصورة ، لم يتعرض الفقهاء الجعفريون لانشاء العقد بالمراسلة على هذا النحو ، ذلك لأن العرف لا يرى هذا النوع من الانشاء مصداقاً لعنوان العقد ، بالإضافة إلى انه لا بد من اتحاد مجلس العقد في مقام انشاء المبادلة والمعاوضة بين الطرفين ، والبائع قد انشأ الايجاب حينما قال للرسول اذهب إلى فلان وقل له قد بعتك داري ، فاذا حمل الرسول هذه الرسالة إلى بلد آخر ، أو مجلس آخر وبلغها لصاحبها ، يتعدد مجلس العقد ، بمعنى ان الايجاب يكون في مجلس والقبول في مجلس آخر ، ويدعي القائلون بصحة التعاقد بهذه الطريقة ، ان الرسول ينقل الايجاب مادياً إلى مجلس القبول ، فيكون الايجاب والقبول حاصلين في مجلس واحد (١) .

ولم يفرق التشريع المدني بين وسيلة وأخرى من وسائل التعبير عن الارادة ، فالاشارة والكتابة وغيرهما من الافعال تقوم مقام الألفاظ حتى مع التمكن منها .

قال السنهوري في كتابه الوسيط : المادة ٩٠ التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة والاشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري ص ١٠١ ، وهو من الأغلاط الواضحة ، فان الموجب يحصل منه الإيجاب بقوله للرسول قل لفلان قد بعته عقاري بكذا ، وليس الرسول الا حاكياً وناقلاً لما وقع من غيره ، ولو افترضنا ان انشاء المعاملة يحصل من قول الرسول ، فتكون من مصاديق الوكالة .

شكاً في دلالته على حقيقة المقصود ، وأضاف إلى ذلك : ان التعبير عن الارادة يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه كلاماً ، أو كتابة أو اشارة ونحو ذلك مما يكون موضوعاً بذاته للكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس ، فالتعبير الصريح يكون بالكلام ، وألفاظ العقد قد يؤديها اللسان مباشرة ، وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التلفونية ، وكايفاد رسول لا يكون نائباً عنه .

وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتابة ، أو نشرة اعلان موقع عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة ، واستطرد يقول : ويكون التعبير الصريح بالإشارة المتداولة عرفاً ، فاشارة الاخرس غير المبهمة تعبير صريح عن ارادته ، وأي اشارة من غير الاخرس تواضع الناس على ان لها معنى خاصاً تكون تعبيراً صريحاً عن الارادة، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول، وهزه أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض ، ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، فعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر ايجاباً صريحاً، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الاماكن المعدة لذلك يعتبر ايجاباً صريحاً أيضاً .

ويكون التعبير ضمنياً ، إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الارادة ، مثال ذلك ان يتصرف شخص في شيء ليس له بعد ان عرض عليه ان يشتريه ، فيكون تصرفه دليلاً على انه قبل الشراء المعروض عليه من قبل المالك ، وكالمستأجر إذا بقي في العين المؤجرة بعد نهاية المدة المحددة بينهما وصدر منه عمل يفهم منه انه اراد به تجديد الايجار (١) .

فالقانون لا يفرق بين اللفظ وغيره من الأدوات التي تعبر عن ارادة المتعاقدين

---

(١) انظر الوسيط ص ١٧٥ وما بعدها .

سواء كانت صريحة او ضمنية ، ولم يستثن القانون المدني من هذا المبدا العام إلا بعض العقـــود الشكلية على حد تعبيرهم ، والمراد منها ما لا تتم بمجـرد تراضي المتعاقدين ، ولا بد منها بالاضافة إلى تراضيهما من اتباع شكل مخصوص كتسجيله في ورقة رسمية يدون فيها العقد ، وكما لو اتفق المتعاقدان ابتداء على ان يكون التعاقد النهائي بينهما بالكتابة ، فتكون الكتابة في مثـــل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العقد بدونها (١).

وقد فرق السنهوري بين الرسالة والكتابة : ان مفعول الكتابة يبقى زمناً طويلاً ، فإذا قرىء الكتاب المتضمن للايجاب في مجلس ولم يقبل الموجه إليه، يبقى مفعول الكتابة بنحو لو قرىء على شخص آخر يصح القبول منه ولو في مجلس آخر، فتكون قراءة الكتاب مرة ثانية على شخص آخر بمنزلة تكرار الايجاب من البائع مباشرة، اما بالنسبة إلى الرسالة ، فاذا لم يقبل المرسل اليه الايجاب الذي نقـــله الرسول إليه ينتفي مفعول الرسالة ولا يبقى لها أثر بالنسبة إلى غيره ، ورجح بعض فقهاء السنة تساويها من هذه الناحية ، وان الكتابة لا تزيد عن الايجـاب الصادر من البائع مباشرة ، فكما يبطل مفعوله فيما لو رفــض الطرف الآخر القبول ، كذلك يبطل مفعول الكتاب لو رفض الموجه إليه القبول (٢) .

وقد أورد السنهوري بعض النصوص الفقهية التي تصرح بانعقاد البيـع بالرسالة والكتابة من البائع ونقل ذلك عن البدائع، وفتح القدير، والدر المختار ، والشرح الكبير للمالكية وغيرها، كما نقل عن جماعة من فقهاء السنة عدم الاكتفاء بالكتابة والرسالة في انشاء العقود مع التمكن من استعمال الالفاظ مباشرة ، وهو الرأي الشائع بين الشافعية ، وحجتهم في ذلك ان الضرورة لا تفرض الاعتماد على كتاب

---

(١) نفس المصدر ص ١٥١ .

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٣٣ .

الغائب للتعبير عن ارادته ، ما دام باستطاعته ان يوكل من يقوم بإبرام العقد نيابة عنه .

وقال الشيرازي أحد فقهاء الشافعية : وان كتب رجل إلى آخر ببيع سلعة ، ففيه وجهان أحدهما ان البيع ينعقد بذلك لأنه موضوع ضرورة ، والثاني لا ينعقد وهو الصحيح (١) .

وقد قسموا الكتابة إلى ثلاثة أقسام ، كتابة غير مستبينة، وكتابة مستبينة، وكتابة مرسومة ، والمراد من الكتابة غير المستبينة هي ما ليس له وجود بعد الانتهاء منه كالكتابة في الهواء وعلى الماء ، والرأي الشائع بينهم عدم الاكتفاء بها في تكوين العقد ، قال في البدائع : وان كتبت على الماء أو الهواء ، فذلك ليس بشيء ، ولا يقع بها الطلاق وان نوي لأن مـا لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالعدم .

ونسب الاستاذ علي الخفيف في كتابه فرق النكاح : إلى البكري والشعبي الاكتفاء بهذا النوع من الكتابة وحجتها في ذلك ان الكاتب قد كتب في هذه الحالة حروف تعبيره فكان كما لو كتبها بشيء له بقاء .

والمراد من الكتابة المستبينة هي ما له بقاء بعد الفراغ منه ، كالكتابة على الورق وعلى اللوح من غير ان يوجهها لشخص معين ، ومن أمثلة ذلك ما لو كتب على ورقة امرأتي طالق ، أو كتب بعت عقاري لزيد مثلاً ، وهذا النوع من الكتابة لا يكشف عن الإرادة كشفاً جازماً ولا بد من سؤال الكاتب عن نيته في مثل ذلك ، فإن قال اني نويت الطلاق أو البيع يقعان بها وإلا فلا .

واما الكتابة المرسومة فهي الرسالة الموجهة لشخص معين ومعنونة إليه كأن

---

(١) التعبير عن الارادة ص ٢٠٩ .

يكتب الى زوجته : يا فلانة أنت طالق ، أو الى شخص خاص باسمه ، قد بعتك داري أو عقاري، وهذا النوع من الكتابة يعبر عن الإرادة تعبيراً كاملاً، ويجري مجرى الخطاب مشافهة ، وجاء في البدائع للكاساني حول هذا النوع من الكتابة :

وان كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب اما بعد يا فلانة انت طالق ، فيقع الطلاق بذلك ، ولو قال بأني لم أقصد به الطلاق لا يصدق في قوله.وأضاف إلى ذلك،ان رسول الله(ص)وآله كان يبلغ مرة بالخطاب، ومرة بالكتابة ، وثالثة بإرسال الرسل ، وذلك دليل على ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب (١) .

والظاهر ان محل الخلاف بينهم في جواز التعبير عن الارادة بالكتابة هو هذا النوع منها ، وقد اعتبرها المالكية والحنابلة بمنزلة الألفاظ،من حيث جواز الإعتماد عليها بين الحاضرين والغائبين مع تمكنهما من التلفظ أو توكيل الغير بإنشاء صيغة العقد وعدمه .

ولم يكتف بها الأحناف والشافعية مع حضور المتعاقدين في مجلس واحد ، ومع تمكنهما من انشاء العقد بالصيغة ، وإذا لم يكونا مجتمعين في مجلس العقد بأن كانا غائبين ، فالرأي الشائع بين فقهاء المذاهب الأربعة جواز الاعتماد عليها في تكوين العقود حتى مع التمكن من توكيل حاضرين في انشاء المعاملة أو النكاح، وفي مقابل ذلك رجح بعضهم عدم الاكتفاء بها ، ومن هؤلاء الشافعي وبعض أتباعه كما ذكرنا .

وعندما نقارن بين الكتابة والاشارة من ناحية إعتماد الفقهاء عليها في تكوين العقود ، نجد ان الكتابة قد وجدت المكان الرحب الواسع بين فقهاء السنة فقد

---

(١) المصدر السابق ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

اكتفى بها المالكية والحنابلة حتى من القادرين على استعمال الألفاظ المجتمعين في مجلس واحد ، وبالنسبة إلى الغائبين فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى الاعتماد عليها في العقود المالية وغيرها كعقد النكاح والطلاق ونحوهما .

اما الاشارة فلم يكن لها بنظر الفقهاء السنيين تلك المنزلة الواسعة، وقد أجمعوا على كفايتها في التعبير عن الارادة من الأخرس ومن اعتقل لسانه بعد ان كان يتكلم على شرط ان يستمر معه الخرس طيلة حياته ، ويشترط بعضهم في جواز الاعتماد على اشارته ان يحصل اليأس من شفائه ، بينما يرجح فريق منهم عدم جواز الاعتماد عليها إلا بعد مرور سنة كاملة عليه وهو بتلك الحالة، وبالنسبة إلى الصحيح القادر على التلفظ بالصيغة ، فالمالكية والحنابلة يكتفون بإشارته في انشاء العقود ، ويؤيد ذلك ما جاء في اعلام الموقعين لابن القيم قال : فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة (١) .

وجاء في شرح الحطاب للمالكية : كل لفظ أو إشارة فهم منه الايجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود ، وأضاف إلى ذلك : والاشارة أولى بالجواز من المعاطاة لأنهـا مصداق الكلام ، قال تعالى : آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا . والرمز هو الاشارة (٢) .

والرأي الثاني للأحناف والشافعية ، وهو عدم الاكتفاء بالإشارة مع التمكن من الألفاظ ، وجاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم : وان لم يكن معتقل اللسان لا تعتبر إشارته ، ونص في البدائع ، ان من حلف ان لا يتكلم بسر فلان ولا

---

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ١٨٩ .

(٢) انظر التعبير عن الارادة ص ٢٢٢ .

بمكانـه ، فكتب أو أشار لا يحنث لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام ، وقـد ذكرنا سابقاً ان الشافعي لم يكتف بوقوع العقد من الغائبين بالكتابة ، والاشارة أولى بعدم الاكتفاء بها في حال اجتماع المتعاقدين وتمكنهما من إنشاء العقد بالصيغة المتعارفة في العقود والمعاوضات (١) .

*
* *

(١) انظر مصادر الحق ج - ١ للسنهوري ص ١٠٦ و ١٠٧ .

التعبير عن الارادة بالتعاطي من الطرفين

١٣

لقد ذكرنا ان الألفاظ هي الوسيلة الأولى المفضلة في مقام التعبير عن إرادة المتعاقدين، وان غيرها من الوسائل كالكتابة والاشارة والرسالة والقرائن الكاشفة عن رغبة المتعاقدين، والاقدام على عمل لا يمكن تفسيره إلا بإفتراض قصد المبادلة بين المالين منه ، وأشرنا إلى آراء الشرعيين والمدنيين في الموارد التي يجوز فيها استعمال هذه الوسائل ، والمقصود بالتعاطي من الطرفين الذي تحدث عنه الفقهاء بعنوان المعاطاة، هو إنشاء العقد بالمبادلة بين المالين بأن يسلم البائع العين إلى الطرف الآخر ويستلم منه العوض المقابل لها بقصد إنشاء التمليك من الطرفين في الحال بنحو يكون التسليم والتسلم الحاصلين منهما بمنزلة الايجاب والقبول اللفظيين ، وقد اختلفت آراء الفقهاء في تكوين العقود بالأخذ والاعطاء من الطرفين بقصد الانشاء والتمليك أشد الاختلاف واحتلت هذه المسألة مكاناً واسعاً في كتب الفقهاء الاسلاميين على اختلاف مذاهبهم ، وبحثها الجعفريون مفصلاً بجميع فروضها وأقسامها ، والخلاف بين الفقهاء في كفاية التعاطي لانشاء العقود يرجع إلى ان الألفاظ التي اعتاد الناس على استعمالها في عقودهم ومعاملاتهم ونص الفقهاء عليها في مجاميعهم الفقهية باعتبارها من الشروط التي يجب ان تتوفر في العقود، هذه الألفاظ هل هي بنظر الشارع من شروط إبرام العقود ولزومها على المتعاقدين ، بعد فرض ان العقد يتم بها وبغيرها من الأفعال التي يقصد منها انشاء التمليك والمبادلة بين المالين ؟ أو انها من شروط صحة العقد بنحو لا يقع العقد بدونها مملكاً للبائع ولا

للمشتري ، ولو افترضنا ذلك فلو أنشأ الطرفان المعاملة بالتعاطي ، فهل يكون هذا العمل فاسداً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار، أو انه يفقد ميزة العقود المملكة، وينتج منه إباحة التصرف لكل من الطرفين فيما استلمه من الآخر ؟ هـذه الأسئلة لقد أجاب الفقهاء عنها ، ولكنهم لم يلتقوا في أجوبتهم على حـل واحد والمتحصل من مجموع آرائهم حول هذه المسألة ينتهي إلى الحلول التالية :

الأول : افادتها الملك ولزوم العقد بالتعاطي المقصود به إنشاء المبادلة بـين المالين ، ولازم ذلك ، ان الالفاظ ليست وحدها الوسيلة إلى إبرام العقود بيعاً كانت أو غيرها ، فكل ما يكشف عن إرادة المتعاقدين قولاً كان أم فعلاً يتم به العقد وهو المنسوب إلى الشيخ المفيد أحـد أعلام الامامية في القرن الرابع الهجري (١) .

الثاني : ان الالفاظ المتعـارفة في إنشاء العقود من شرائط لزوم العقد ، امـا التمليك المقصود بالمعاوضة فيتم بكل ما يدل على إنشاء التمليك والتملك ، مـن غير فرق بين الافعال والاقوال ، وقد رجح هذا الرأي وتبناه جماعة من مشاهير فقهاء الشيعة منهم المحقق الكركي في المجلد الثاني من جامع المقاصد ، والنـص الفقهي الذي يشير إلى هذا الرأي هو النص التالي :

المعروف بين الاصحاب انها أي المعاطاة بيع، وان لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد ، ولا يقول أحد من الاصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية (٢)، وقد رجع عنه في كتبه التي ألفها بعد (النهاية)، وأضاف

---

(١) وقد توفى في مطلع القرن الخامس سنة ٤١١ هجرية .

(٢) وهو العلامة الحلي احد فقهاء الشيعة في القرن الثامن الهجري سنة ٧٢٦ ، وهو من اعيان فقهاء الامامية في مطلع القرن الثامن وقد ترك في الفقه والاصول والفلسفة وغير ذلك من المؤلفات التي تدل على سعة علمه وعمق تفكيره مجموعة من المؤلفات لا تزال بنظر العلماء والباحثين من ابرز الاثار الاسلامية .

إلى ذلك ان قوله تعالى : أحل الله البيع يتناول المعاطاة لانهـا بيـع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها ، لانها عندهم بيـع فاسد ، وقوله تعالى : إلا ان تكون تجارة عن تراض يشملها وغيرها إلا ما أخرجه الدليل من هذا العموم، واستطرد يقول: وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الاصحاب من انها تفيد الاباحة وتلزم بذهاب أحد العينين يريدون به عدم اللزوم في أول الامر ، لامتناع إرادة الاباحة المجردة من اصل الملك ، ومقصود المتعاطين ، هو التمليك ، فاذا لم يحصل الملك بالتعاطي مع هذا القصد لا بد وان تكون فاسدة لبقاء كل من العوضين على ملك صاحبه ، ولازم ذلك عدم جواز التصرف في العوضين موضوع التعاطي لغير المالك الاول، على ان الإباحة التي يدعيها أنصار هذا القول في مقابـــل الملك ، فكيف تتحقق ملكية شخص لمال شخص آخر لمجرد تلف ما له في يد الآخر (١) والمتحصل من ذلك : ان الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد صريحة كالألفـــاظ لم تؤثر أثر الألفاظ الصريحة التي تلزم المتعاقدين بما التزما به ، امـا الملك فيكفي في حصوله قصد التمليك الحاصل من انشاء الطرفين بالأخذ والاعطاء ، وحيث انها تفيد الملك الجائز فيجوز لكل من الطرفين ان يسترجع مـــا سلمه للطرف الآخر ما دام استرجاعه ممكناً .

الثالث : ان انشاء البيع بالتعاطي لا ينتج منـــه إلا الاباحة المطلقة لجميع التصرفات بالعوضين حتى التي لا تسوغ لغير المالك كوطىء الجارية ورهن العين المقبوضة بالتعاطي وهبتها ونحو ذلك ، وهذا الرأي ليس بأقل شيوعـاً وانتشاراً بين الفقهاء من الرأي السابق ، ومع ذلك فقد تعرض للنقد من جهتين ، الأولى ان القصد لا بد من مراعاته في العقود ، وإذا قصد المتعاطيان التمليك وقلنا بكفاية

---

(١) المحقق الكركي ، هو الشيخ عبد العال الكركي، هاجر الى ايران وانتهت اليه الزعامة الدينية في عهد الحكام الصفويين ، ومن ابرز مؤلفاته في الفقه كتابه جامع المقاصد في مجلدين وكانت وفاته في ايران سنة ٩٣٧ هجرية ، وجاء في الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي ان وفاته كانت سنة ٩٤٠ هجرية في مدينة مشهد من بلاد ايران .

ذلك في انشاء العقود لا بد من حصول المقصود لها وهو التمليك، فحصول الاباحة المجردة عن الملك بالتعاطي المقصود به التمليك كما يدعي أنصار هـذا الرأي يلزمه عدم الاعتداد بقصد المتعاقدين وان قلنا بعد كفاية التعاطي في انشاء العقود لزم ان لا يترتب عليها أي أثر من الآثار مهما كان نوعها كما هو الحال في جميع العقود الفاسدة .

الثانية : ان إباحة جميع التصرفات لكل منهما بما حصل في يده ، هـذه التصرفات من آثار الملكية ، والمفروض ان المعاطاة لا تفيد الملك ، فلا بد من سبب غيرها لإباحة تلك التصرفات التي لا تصح لغير المالكين ، وقد اعتذر عنهم الكركي بأن الإباحة التي يدعونها عبارة عن الملك الجائز ، كما اعتذر عنهم الشيخ صاحب الجواهر بأنهم يقولون بأنها تفيد الإباحة فيما لو قصد المتعاطيان الإباحة دون التمليك .

ولقد بالغ مؤلف كاشف الغطاء في الكتاب المذكور في الانكار على من نسب هذا الرأي إلى الكثرة من العلماء ، وادعى ان القول بذلك لا يجوز ان ينسب إلى أصاغر الطلاب فضلاً عن مثل هؤلاء العلماء ، وبعد ان هاجم هذا الرأي من جهات متعددة ، اختار كفاية التعاطي في حصول التمليك لكل من المتعاطين ، وأيد ذلك بالسيرة الجارية بين الناس على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الأملاك وترتيب آثار الملك عليه كعتق العبد المقبوض بالتعاطي ووطيء الجارية ونحو ذلك من التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين (١) .

الرابع : ان المعاطاة لا تفيد أكثر من إباحة الإنتفاع بالعوضين ، امـا التصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالبيع والشراء والإتلاف وعتق العبد ونحو

---

(١) هو احد فقهاء الشيعة في القرن الثاني عشر الهجري وبعد ان ألف كتابه المسمى بكشف الغطاء اصبح اسم الكتاب علماً عليه وعلى من تناسل فيه الى اليوم، وقد ولد سنة ١٦٥٦ هجرية وكتابه « كشف الغطاء » يدل على عظمته وسعة اطلاعه وعمق تفكيره .

ذلك فالمعاطاة لا تكفي لجوازها ، ولم ينسب هذا الرأي لغير الشهيد ، والشيخ الطوسي في المبسوط ومن مجموع ذلك تبين ان أكثر الآراء شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء الجعفريين القول بافادتها الملك الجائز ، وافادتها اباحة جميع التصرفات ، وقد ذكرنا ان هذا الرأي الأخير على كثرة أنصاره كان هدفاً لهجوم عنيف من القائلين بإفادتها الملك الجائز وبخاصة من الشيخ جعفر في كتابه كشف الغطاء .

وقد حاول الخونساري في تقريراته ان ينتصر اليه بما حاصله ، ان البيع عبارة عن تبديل مال بمال ، ومرد ذلك إلى تبديل طرفي الاضافة المالكية ، وهذا النوع من التبديل بما انه ليس من الأمور الخارجية لا بد له من شيء يدل عليه ، والأفعال بنفسها قاصرة عن اداء هذا المعنى ، وإباحة التصرفات من آثار تسليط كل من المالكين الطرف الآخر على ملكه ، وليست من آثار قصد التمليك ، لأن المعاطاة هي عبارة عن تسليم كل واحد ما له للآخر بنحو المعاوضة ، وبهذا التسليط المالكي يباح لكل واحد منهما ان يتصرف فيما وصل إليه وان لم يكن مقصوداً بنفسه ، فاذا لم يتحقق الملك المقصود بالمعاطاة ، يبقى لكل من الطرفين الحق في التصرف لأنه معلول للتسليط المالكي الحاصل بالمعاوضة بين المالين (١) .

ورجح بعض الفقهاء ان تكون إباحة التصرفات المطلقة بالعوضين قد أباحها الشارع بقصد التسهيل على الناس نظراً لكثرة التعامل بالتعاطي بدون الصيغة ، ولازم ذلك ان المعاطاة لا تؤثر شيئاً ، ولكن انتشارها بين الناس كان سبباً للتسهيل عليهم واقرارهم على ما جرت سيرتهم عليه (٢) .

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه : ان المقصود بالمعاطاة أمران التمليك ، وإباحة التصرفات بمعنى ان تسليط كل من الطرفين للآخر على ما له

---

١ ـ انظر منية الطالب للخونساري البحث المعاطاة .

٢ ـ انظر المكاسب للشيخ الانصاري .

اثر ان بنظر المتعاطيين التمليك وإباحة التصرفات، وبما ان قصد التمليك لا يكفي في ملكية كل منهما للعوض الذي انتقل إليه نظراً لأن الصيغـــة شرط في العقود المملكة، يبقى الأثر الثاني لوجود سببه وهو التسليط الحاصل من كل منهما (١) وبهذا اللحاظ تتميز المعاطاة عن البيع الفاسد، ذلك لأن إباحة التصرفات في العين المقبوضة بالبيع الفاسد، وان كانت من آثار تسليط كل من المتعاقدين للآخر على ما له، إلا ان التسليط في العقود الفاسدة من توابع الملكية المترتبة على العقـــد بزعم المتعاقدين، فاذا لم تحصل الملكية من جهة فساد العقد لا يبقى محل للتسليط لأنه من آثارها كما هو المفروض.

ومهما كان الحال فالمشهور بين المتقدمين من فقهاء الشيعة ان المعاطاة لا ينتج منها إلا إباحة التصرف في العوضين بكل أنواع التصرفات، وعند المتأخرين من الفقهاء انها تفيد الملك الجائز على حد تعبيرهم ولكل واحد منهما ان يسترجع مـا سلمه للآخر ما دام موجوداً وقد انتصر لهذا الرأي عدد كبير من فقهاء الشيعـة المبرزين كصاحب الجواهر، وصاحب بلغة الفقية والشيخ الانصاري في مكاسبه، وشراحهـا السيد كاظم اليزدي والشيخ محمد حسين الاصفهاني والخونساري في منية الطالب، وغيرهم، قال الشيخ الانصاري:

وذهب جماعة من الفقهاء تبعاً للمحقق الكركي (٢) الى حصول الملك إذا كان البيع بالتعاطي المجرد عن الألفاظ للسيرة المستمرة على معاملة المـأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين، كعتق العبد وبيع الأعيان موضوع التعاطي وتوريثها ونحو ذلـك، ويدل عليه قوله تعالى: أحل الله البيع، حيث تدل الآية بمنطوقها على صحـة كل ما يسمى بيعاً بنظر العرف، ومما لا شك فيه انها من أفراد البيع بنظر العرف

---

١ ـ انظر بلغة الفقية في الفقه الجعفري.

٣ ـ احد فقهاء الشيعة في مطلع القرن العاشر هاجر من لبنان الى ايران وتوفى بها سنة ٩٤٠ هجرية، وقد ذكرنا لمحة عنه في بعض التعليقات السابقة.

والمتشرعة أيضاً ، واستطرد يقول ، إنا لا نحتاج إلى قوله (ص) : الناس مسلطون على أموالهم لإثبات ان المعاطاة بيع بملك ، وذلك لأن الحديث الشريف ناظر إلى جعل السلطنة للمالك على ملكه من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تتنافى مع المبادىء الشرعية ، ولا دلالة فيه على ان تصرف المالك بماله بالتعاطي بملكاً للطرف الآخر كما هو مفروض الدعوى .

وقال السيد كاظم في حاشيته على مكاسب الأنصاري : والاقوى انه مع ذلك بيع إذا كان في مقام البيع وبقصده ، بل الاقوى انه لازم لما سيأتي من الأدلة الدالة عليه بعد كونه بيعاً ، وأضاف إلى ذلك ان المتمسكين بالشريعة كانوا ولا يزالون يجرون على المعاطاة أحكام البيع ، ولا يفرقون بين المال المأخوذ بالمعاطاة وبين المال المأخوذ بالصيغة ، ولم يخالف بذلك أحد من فقهاء الإمامية ، على ان التردد في افادتها الملك يرجع الى ان العقود المملكة لا تتم إلا بالألفاظ ، وليس في النصوص الشرعية ما يضمن هذا الإدعاء ، على ان الأدلة العامة تكفينا لإثبات كونها من العقود اللازمة ، ومن جملتها « اوفوا بالعقود » وهذه العمومات وحدها تكفي لصحة المعاطاة ولزومها ، وعدم اعتبار الصيغة شرطاً في صحة العقود والمعاملات .

وأقصى ما يمكن ان يستدل به على ان العقود المملكة لا تتم إلا بالصيغة الامور التالية :

الاول : الإجماع الذي ادعاه ابن زهره (١) ، وهو من الاجماعات بخبر الواحد والتي لا تصلح دليلاً على الاحكام كما نص على ذلك أكثر علماء الإمامية (٢) .

---

١ ـ احد فقهاء الامامية في القرن السادس ، هو ابو المكارم الحمزة بن علي بن زهرة الحسيني من أفاضل فقهاء الامامية وبيتهم من البيوت المعروفة بالعلم والفقه في حلب يوم كان التشيع في تلك البلاد منتشراً بين اهلها وقد عد الشيخ عباس القمي في كتابه هدية الاحباب في الكنى والالقاب جماعة من علماء بني زهرة وكانت وفاة ابو المكارم سنة ٥٨٦ هجرية ودفن في حلب .

ـ انظر رسائل الشيخ مرتضى الانصاري ، وكتابنا المبادىء العامة للفقه الجعفري .

الثاني : النصوص الناهية عن بيع المنابذة والملامسة والحصاة ، وإلغاء الشارع لهذه العقود الثلاثة يوحي بأن العقود بيعاً كانت أو غيرها لا تتم إلا بالصيغة ، وهذا الدليل لا يكفي أيضاً لإثبات ذلك ، لان هذه الطرق الثلاثة كانت تستعمل عندهم لتعيين المبيع بعد انشاء البيع بالصيغة اللفظية ، وكان البائع يقول للمشتري بعتك ما تقع عليه الحصاة بكذا ، أو ما لامسته وقد منع الشارع عن أمثال هذه المعاملات من حيث اشتمالها على الغرر الحاصل من جهالة المبيع وعدم تعيينه حين البيع ، ولم يثبت انهم كانوا يستعملون هذه الطرق في انشاء العقود ، ولو افترضنا ذلك ، فلا يلزم من المنع عنها عدم صحة البيع بالتعاطي .

الثالث : بعض المرويات التي تعرضت لكيفية بيع المصحف وغيره من الاعيان ، وقد اشتملت على الصيغة في مقام الإيجاب ، وقد جاء في بعضها : لا تشتري كتاب الله ، ولكن اشتري الحديد والجلود ، وقل اشتري منك هذا بكذا الى غير ذلك من المرويات الموزعة في مختلف الابواب الفقهية ، ومن هذه النصوص استفاد بعض الفقهاء اعتبار اللفظ شرطاً في صحة العقد ، ولكن الذي يبدو من تلك المرويات انها بصدد بيان ما يصح التعامل عليه من الاعيان من حيث جواز وقوعه عوضاً في مقام البيع ، وليست ناظرة إلى الكيفية التي لا بد منها في صحة العقد .

الرابع : النصوص التي تصرح بأن التحليل والتحريم لا يكون بغير الكلام ، فقد روى ابن أبي عمير عن خالد بن الحجاج انه قال : قلت لأبي عبدالله الصادق(ع) الرجل يجيئني ويقول اشتري لي هذا الثوب واربحك عليه كذا وكذا، فقال (ع) أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك قلت بلى ، قال لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، فمن هذه الرواية وغيرها رجع بعض الفقهاء ان الكلام شرط في صحة العقد واباحة التصرفات بالعوضين ، وعدم كفاية التعاطي في المعاوضات المملكة ، ولكن من غير المستبعد ان يكون المراد من هذه النصوص ان الإتفاق الحاصل بين البائع والمشتري قبل شراء العين من مالكها الأول ، لا يمنع من شرائها وبيعها

له بالربح الذي اتفقا عليه ، اما لو باعها له قبل شرائها من مالكها ، هذا البيع لا يصح ، لأنه قد باع ما هو ملك لغيره ، ويكون المعنى المتحصل من هذه الرواية ونظائرها ان الإتفاق والمقاولة بين البائع والمشتري لا تمنع من شرائها من المالك الأول وبيعها للذي اتفق معه ، لأن الاتفاق السابق معه لم يكن بعنوان البيع ، ولو كان بعنوان البيع يكون فاسداً من حيث ان المبيع ملك لغيره والذي يؤكد هذا المعنى من الرواية ان السائل قد استعلم من الإمام (ع) عن الإتفاق الحاصل بين البائع والمشتري ، وانه هل يمنع من صحة البيع بعد شراء العين من المالك الاول أم لا ؟ والإمام (ع) قبل الجواب النهائي تأكد من السائل عن نوعية هذا الإتفاق ، وبعد ان أجابه السائل بأن المقاول غير ملزم بشيء قبل شراء العين من مالكها، بعد ان أجابه بذلك قال (ع) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام، والمتحصل من جوابه هو ان المقاولة الأولى لا توجب تحريم البيع لأنها ليست بيعاً، ولو حصلت بصيغة الإيجاب والقبول تكون فاسدة ، لأنها وقعت على ملك الغير (١) .

ومن مجموع ما تقدم تبين ان القول بصحة المعاطاة وافادتها الملك هو القول الشائع المشهور بين فقهاء الإمامية ، وان القول بفسادها لم ينسب إلا إلى العلامة الحلي في كتابه نهاية الاحكام ، وقد نص الشيخ الانصاري وغيره انه قد تراجع عنه في غيرها من كتبه ، كما رجح بعضهم عدم الفرق بينها وبين العقود التي تتم بالالفاظ من حيث لزومها ووجوب الإلتزام بها ، كما بينا، ومن بين هؤلاء الشيخ المفيد ، والسيد كاظم اليزدي ، والشيخ الانصاري ، ولكنه لم يجزم بذلك تخوفاً من الإجماع المضنون وجوده على عدم لزومها، وحتى ان القائلين بأنها لا تفيد سوى اباحة التصرفات بجميع أنواعها لم يدعوا بأنها من العقود الفاسدة ، بل يذهبون إلى انها معاملة قائمة بذاتها تؤثر في اباحة التصرفات لكل من الطرفين في العوض الذي انتقل إليه ، ومع ان النصوص الفقهية في كتب الإمامية صريحة بأنه لم

١ ـ انظر حاشية السيد كاظم على المكاسب .

يذهب إلى فسادها أحد من الفقهاء إلا العلامة الحلي في النهاية وتراجع عنه أخيراً ، فقد نسب وحيد الدين سوار ، والسنهوري وغيرهما إلى الإمامية انهم يقولون بفساد المعاطاة ويحترمون الالفاظ إلى حدود التقديس ، وقد اعتمدا في نسبة هذا الرأي إلى الإمامية على الجواهر ومفتاح الكرامة ، مع العلم بأن الشيخ النجفي قد أكد لاكثر من مناسبة بأنها من العقود المملكة ، وهاجم القائلين بأنها لا تفيد اكثر من اباحة التصرف بالعوضين لكل من المتعاطيين .

قال السنهوري في مصادر الحق : ومذهب الشيعه الجعفرية كمذهب الشافعي لا يجيز التعاقد بالمعاطاة ، وأضاف إلى ذلك : وجاء في مفتاح الكرامة ، ولا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطني ، فلا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم ، وكذا الحال في جانب القبول وسائر العقود ، ولا تكفي فيها المعاطاة ولا الإشارة إلا مع العجز (١) .

وقال وحيد الدين سوار ناقلًا عن الجواهر : ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك بدون الإيجاب والقبول في الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك في العقود ، فالمعاطاة تعتبر اباحة لا غير، ونقل عن مفتاح الكرامة ما يشير إلى ذلك، ونسب هذا الرأي إلى فقهاء الشيعة ، وأكد في خلال حديثه عن المعاطاة ان فقهاء الإمامية لا يسمون التعاطي بيعاً على سبيل الحقيقة «٢» .

والنص الفقهي الذي نقله وحيد الدين سوار عن الجواهر هو للمحقق صاحب الشرائع «٣» الموسوعة الفقهية المسماة بالجواهر ، هي شرح لكتاب الشرائع ، وقد

---

١ - انظر مصادر الحق الجزء الاول ص ١٢٤ .

٢ ـ انظر التعبير عن الارادة ص ٢٤٧ و ٢٤٨ و ٢٥١ .

٣ ـ احد فقهاء الامامية في القرن السابع الهجري وهو من اعيان فقهاء الشيعة ، وقد ألف في مختلف المواضيع ، ومن ابرز ما كتبه في الفقه كتابه المعروف بشرائع الاسلام وقد اتخذه جماعة من للفقهاء المتأخرين عنه اساساً لمؤلفاتهم الفقهية ، توفي سنة ٦٧٤ .

ذكرنا ان الجعفريين لم يتفقوا على رأي واحد في حكم المعاطاة، وان الرأي المشهور بين فقهائهم انها تفيد الملك ، وأن بعضهم قد بالغ وادعى عدم الفرق بينها وبين غيرها من العقود من حيث افادتها الملك اللازم ، وإذا صح لنا ان ننسب إلى الإمامية ما يعبر عن رأيهم في هذه المسألة فنسبة هذا الرأي إليهم أصدق من نسبة غيره من الآراء فيها إليهم ، لأنه هو الرأي الشائع المنتشر بين فقهائهم ، وتؤيده الأصول والقواعد العامة التي وضعها الشارع مرجعاً في العقود وسائر أنواع المعاملات كما ذكرنا في الصفحات السابقة .

ويبدو من النصوص الفقهية ان المعاطاة التي اختلفت فيها آراء الفقهاء تختص بصورة ما لو حصل التعاطي من الطرفين بقصد انشاء العقد ، فلو حصل الإعطاء من طرف البائع ولم يدفع المشتري الثمن ، فالمشهور بين الفقهاء ان هذا النحو من التعاطي لا يكفي في انشاء المعاملة ، ذلك لأن كفاية التعاطي من الطرفين في تكوين العقد من حيث ان التعاطي من الطرفين بنظر العرف والشرع من مصاديق العقد ، ولا يكفي قصد عنوان المعاملة في انشاء العقود ما لم تكن الآلة المعبرة عن هذا العقد مصداقاً للعقد بنظر العرف ، فاذا حصل الإعطاء من طرف واحد فقصد البيع بتسليم العين إلى الطرف الآخر لا يجعله بيعاً ما لم تحصل المبادلة بين المالين من الطرفين ، لأن انشاء المعاملة بالتعاطي من الطرفين يقوم مقام الإيجاب والقبول اللفظيين ، فكما لا يكفي في انشاء العقد إيجاب البائع وحده كذلك لا يكفي اعطاء مالك العين وحده بدون تسليم الطرف الآخر العوض المقابل لها «١» .

وقد رجح الشهيد الثاني الإكتفاء بتسليم أحد الطرفين واستلام الآخر منه في انشاء البيع ، فيكون اعطاء البائع إيجاباً منه للبيع ، وأخذ المشتري منه بقصد

---

١ ـ انظر منية الطالب للخونساري ص ٦٨ و ٦٩ .

المعاوضة قبولاً ويستقر الثمن في ذمته (١) ، وقد بينا ان مجرد الأخذ والإعطاء بقصد البيع لا يكفي ما لم يكن من مصاديق البيع بنظر العرف .

وهل تجري المعاطاة في غير البيع من العقود ، او تختص بالبيع ولا تكفي في غيره من أنواع العقود والمعاملات ؟ الظاهر من النصوص الفقهية الاكتفاء بها في جميع العقود ، قال العلامة الحلي في التذكرة : لا فرق بين البيع وغيره من هذه الجهة ، فاذا أمر شخص شخصاً بعمل على عوض معين فعمله استحق عليه الاجرة ، ولو كانت اجارة فاسدة لا يستحق عليه شيئاً ، ولا سيما مع علمه بالفساد ، ولو وهب انسان شيئاً لشخص بغير ايجاب وقبول لفظيين جاز للموهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بكل أنواع التصرفات (٢) وقال الشيخ مرتضى الأنصاري : والأظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره كالإجارة والهبة لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما .

وقال في منية الطالب : ان الافعال لا بد وان تكون مصداقاً لعناوين العقود ليصح انشاؤها بها ، ومن ثم تصبح بعد الانشاء مصداقاً للعقد ، وتشملها أدلة ذلك العقد ، وبما ان الفعل يمكن وقوعه على وجوه متعددة فلا بد من القرينة المعينة لجهة الفعل الذي استعمل آلة لانشاء العقد ، فكون المعطي في مقام البيع قرينة على ان اعطائه بقصد انشاء البيع ، وهكذا لو كان في مقام القرض او الهبة ، او العارية والوديعة وغير ذلك من العقود ، وليس للقرينة المعينة لجهة الفعل أي أثر في انشاء المقصود بالفعل ، وبه وحده يتم انشاء المعاملة بعد تعيين جهة الفعل

---

١ ـ الشهيد الثاني احد فقهاء الامامية في القرن العاشر الهجري ، وهو زين الدين بن نورالدين علي بن احمد بن محمد الجبعي ، ومؤلفاته في الفقه من ابرز ما ألف فيه ، وله مسالك الافهام في شرح الشرائع ، والروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية للشهيد الأول ، وكانت وفاته سنة ٩٦٥ قتلا على يد الحكومة التركية ظلماً وعدواناً فى القرب من القسطنطينية .

٢ ـ احد فقهاء الشيعة في اوائل القرن الثامن الهجري وقد أشرنا الى لمحة من تاريخه في الصفحات السابقة .

الصادر عن المتعاطين ، وأضاف إلى ذلك : ان المعاطاة تجري في البيع والهبة والقرض والاجارة والعارية والوديعة ، لأن الفعل اما بنفسه مصداق لأحد هذه العناوين ، او ملازم له ، فلو لم يكن اعطاء كل منهما ما له للآخر بيعاً فلا أقل من كونه تسليطاً ، ومن جهة العادة والسيرة المستمرة من قصد البيع به يقع بيعاً ومن ذلك تبين ان الافعال يمكن ان تؤدي مهمة الألفاظ فيما لو كانت عنواناً المعاملة المقصودة للمتعاطين من غير فرق بين انواع العقود وأصنافها ، أما ما لم يمكن وقوعه إلا بالالفاظ أما لأن مفهومه متقوم باللفظ كالوصية والضمان والعتق مثلاً ، وأما لأن الشارع قد جعل السبب المؤثر منحصراً في الألفاظ المخصوصة كالنكاح مثلاً ، على ان انشاء النكاح بالفعل لا ينفك عن المخالفات الشرعية في الغالب (١) .

ومع ان المعاطاة ليست من العقود اللازمة حتى عند اكثر القائلين بأن البيع بالتعاطي يفيد التمليك ، فقد اتفق الفقهاء على انها تلزم فيما لو تلف العوضان بأي سبب حصل التلف ، ولازم ذلك عدم الحق لكل منهما بالرجوع على الطرف الآخر بالمثل او القيمة على جميع الآراء والمذاهب فيها ، وقد حاول فريق من الفقهاء تعليل هذا الحكم بما حاصله ، انه على القول بافادتها الملك ، فالعوض التالف يذهب من ملك مالكه ولازم القول بجواز التراجع والرجوع الى المثل او القيمة ، لازم ذلك كون الانسان ضامناً لماله ، على ان جواز التراجع كان ثابتاً للمتعاطين في استرجاع العوضين وبعد التلف لا يبقى محل لذلك ، كما وانه لا مجال لاستصحاب الحق الذي كان ثابتاً لكل منهما في العوضين ، لأن حقهما كان متعلقاً باسترجاع العين ، وتلفهما ينتفي الموضوع من أساسه ، ولا بد من الاستصحاب من وحدة الموضوع في القضيتين المتيقنة والمشكوكة .

اما بناء على ان المعاطاة لا تفيد أكثر من اباحة التصرفات بجميع أنواعها فرجوع كل منهما على الآخر بعد التلف بالمثل أو القيمة يتوقف على ان تكون يد كل منهما على المأخوذ بالتعاطي بنحو الضمان ، وبناء على ان المعاطاة لا تفيد

---

١ ـ انظر منية الطالب ص ٨٠ والمكاسب وغيرها من المجاميع الفقهية .

الملك ، فكل من العوضين يبقى على ملك صاحبه ولا يكون مضموناً على الطرف الآخر ، ولازم القول بالتراجع هو الرجوع إلى المثل أو القيمة ، والرجوع إلى الاستصحاب لا ينفع في المقام لما ذكرناه في الصورة الأولى ، هذا بالإضافة إلى الإجماع على لزوم المعاطاة فيما لو تلف العوضان (١) .

وقد ألحق الفقهاء بذلك ، ما لو باع كل من المتعاطيين العين لشخص آخر بعقد لازم ، أو وهبها هبة لازمة ، لعدم التمكن من استرجاع العوضين والحالة هذه ، من غير فرق بين كونها مملكة ، أو مفيدة لإباحة التصرف لا غير .

ولو استرجع المتعاطيان العوضين بسبب فسخ العقد الثاني ، فهل يعود لهما الحق في التراجع فيما لو أراد أحدهما ان يرجع في المعاطاة ، أو تبقى المعاطاة على لزومها ولا يحق لأحدهما الرجوع فيما اعطاه للطرف الآخر عوضاً عن ماله ؟ لقد رجح جماعة من الفقهاء جواز الرجوع لكل منهما بما أعطاه للطرف الآخر ، وذلك لأن المانع من التراجع عدم التمكن من استرداد العين بسبب طرو العقد الثاني وحيث انحل العقد الثاني واسترجع كل منهما ماله من الآخر ، أصبح بإمكان المتعاطيين الرجوع إلى مالهما واسترداده من الطرف الآخر .

ورجح آخرون عدم الحق لهما في ذلك، لأن هذا الحق كان ثابتاً لهما قبل خروج العوضين عن ملكهما بعقد لازم ، وبعد لزومها بسبب العقد الثاني الواقع على العوضين لا يبقى مجال للرجوع إلى حكمها الأول بمجرد انحلال العقد الثاني .

---

١ ـ انظر بلغة الفقيه وغيرها من الموسوعات الفقهية، ورجح جماعة من الفقهاء جواز التراجع بعد التلف عملا بالقواعد الشرعية لولا قيام الاجماع على عدمه ، اما بناء على انها من العقود المملكة فلان حق الرجوع الثابت للمتعاطيين في استرجاع العوضين كحق الخيار ، ومن المعلوم ان لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد والرجوع الى البدل فيما لو كانت العين تالفة ، واما بناء على انها لا تفيد اكثر من اباحة التصرف ، فكل من المتعاطيين لم يسلم ملكه الى الآخر مجاناً وبلا عوض ، بل سلمه له وسلطه عليه في مقابل العوض الذي استلمه منه ، وبما انه لا يزال على ملك مالكه يكون مضموناً على من تلف بيده .

ولو امتزج العوضان بعد المعاطاة بنحو لم يعد بالإمكان تمييزهما ، فبناء على أنها تفيد الملك لا بد وان يلتزم بلزومها في مثل ذلك ، لعدم التمكن من ارجاع العوضين لمالكهما ، وبناء انها لا تفيد أكثر من اباحة التصرف، فلا موجب لارتفاع سلطنته على ماله التي كانت ثابتة له قبل امتزاجهما (١) .

اما لو تصرف المتعاطيان في العوضين تصرفاً مغيراً لصورتها ، كما لو طحنا الحنطة ، وفصلا الثياب ونحو ذلك ، فالظاهر في مثل ذلك جواز التراجع على القولين لبقاء العوضين والحالة هذه وتمكن كل منهما من استرداد ماله .

ولو مات المتعاطيان ، أو مات أحدهما، فلو بنينا على عدم لزوم العقد بالنسبة للمتعاطيين فجواز التراجع لهما في المعاملة مرجعه إلى فسخ العقد الواقع بينهما بالأخذ والعطاء ، لو كان مرجعه ذلك ، يكون جواز التراجع الثابت لكل منهما حقاً من حقوق المتعاطيين فينتقل هذا الحق لورثة الميت منهما عملاً بقاعدة ما ترك الميت من حق فلوراثه اما لو كان جوازاً التراجع من الأحكام الثابتة للمتعاطيين ، فتلزم المعاطاة بموتهما او بموت أحدهما ، لأن الأحكام لا تورث كما أوضحنا ذلك في الفصول السابقة (٢) .

ولو خرج المتعاطيان أو أحدهما عن أهلية التصرف لسبب الجنون أو السفه أو غيرهما ينتقل هذا الحق لوليه الشرعي المكلف برعاية مصالحه (٣).

ومن مجموع ما ذكرناه عن المعاطاة بنظر الجعفريين تبين ان الفقه الجعفري لم يتعصب للألفاظ ، ولم يتشدد في تقديسها كما يزعم ذلك السنهوري في مصادر الحق،

---

١ - والحق عدم الفرق بين الصورتين ، اذ لم يكن متمكناً من استرجاع ماله كما هو المفروض لان جواز التراجع الثابت للمتعاطيين ثابت لهما في ظرف التمكن من استرجاع العوضين، والمفروض عدم التمكن من ذلك كما هو محل الافتراض .

٢ - وقد رجح هذا الرأي الشيخ الانصاري ونسبه لجماعة من الفقهاء ايضاً .

٣ - انظر مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري ، التنبيه السادس من تنبيهات المعاطاة .

ووحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة،ولم يذهب أحد من فقهاء المذهب الجعفري إلى ان المعاطاة غصب كما يدعي وحيد الدين سوار (١) ، ذلك لأن الحاقها بالبيع الفاسد كما نسب إلى العلامة الحلي في كتابه المعروف بالنهاية ، وعدم افادتها لغير اباحة التصرفات كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء لا يجعلها مصاديق الغصب ، لأن القائلين بأنها لا تكفي لتمليك العوضين يلتزمون بأنها من المعاملات الصحيحة القائمة بذاتها ، ويصح للمتعاطيين ان يتصرفا بالعوضين بكل أنواع التصرفات حتى التي لا تصح من غير المالكين ، وإذا بلغ التصرف حداً أصبح معه استرجاع العوضين متعذراً تتحول إلى عقد لازم لا يجوز التراجع فيه بأي نحو كان ، وقد أشرنا إلى ذلك في خلال حديثنا عن أحكامها وآثارها .

*

* *

١ ـ انظر التعبير عن الارادة ص ٢٢٩ .

المعاطاة بنظر المذاهب الفقهية الأربعة

١٤

لقد ذكرنا فيما سبق ان الجعفريين لم يتشددوا في أمر العقود أكثر من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى ، ومنهم من لا يرى للألفاظ ميزة على غيرها من الأدوات الكاشفة عن الارادة في الموارد التي يسوغ فيها استعمال غير الألفاظ، وقد ذكرنا ان فقهاء الشيعة مجمعون على صحة المعاملة بالتعاطي من الطرفين ، وكل ما في الأمر انهم بين من يقول بإفادتها التمليك كغيرها من العقود اللفظية ، وبين من يقول بأنها معاملة صحيحة قائمة بذاتها تؤثر في اباحة التصرف لكلا الطرفين بالعوضين ، تستمد شرعيتها من العمومات والقواعد العامة التي أثبت السلطنة للانسان على ماله، بينما نرى المذهب الشافعي لا يجيز التعاقد إلا بالألفاظ، والمذهب الحنفي في بدايته لا يجيز التعاقد بها إلا في الخسيس من الأشياء ، ولعلنا لا نعدو الحقيقة لو قلنا بأن المذهب الجعفري أوسع من بقية المذاهب الإسلامية من حيث عدم التقديس للألفاظ ، وبالرغم من ذلك فقد اتهمه المؤلفون في العقود بالجمود والتحيز لجهة الألفاظ ، ولا منشأ لهذه النسبة سوى جهلهم بالفقه الشيعي وعدم تقصيهم لنصوصه ومبادئه ، ولا بد لنا ونحن نحاول ان نثبت هذه الحقيقة عن عرض لبعض النصوص الفقهية من المذاهب الأربعة ، وعلى ضوئها نترك للقارىء ان يحكم بما يريد .

قال العلامة السنهوري في مصادر الحق نقلاً عن البدائع في الفقه الحنفي : ان

التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة ، ونسب هـــذا الرأي إلى القدوري أحد الفقهاء ، ورجح هو صحتها في الخسيس والنفيس لقيـام حقيقة البيـع بها من غير فرق بين الأمرين .

وجاء في الجزء الخامس من فتح القدير : انه ينعقد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس ، وقد قدر النفيس بنصاب السرقة فصاعداً ، والخسيس بما دونه .

وجاء في الفتاوى الهندية : ان المشايخ قد اختلفوا في حكم المعاطاة ، فقـال بعضهم : ان البيـع بالتعاطي تم في الأشيـــاء الخسيسة ، كالبقل واللحم والخبز والحطب ونحو ذلك ، ولا يتم فيما هو أعلا من ذلك .

وقال آخرون : انه ينعقد بكل شيء مهما كانت كميته ، وجاء عن الزيلعي الجزء الرابع وغيره عدم كفاية التعاطي في غير الأشياء الخسيسة ، وكما لم يتفق الأحناف على رأي واحد في الاكتفاء بالتعاطي في انشاء البيـع وغيره من العقود ، لم يتفقوا أيضاً على الإكتفاء بالإعطاء من طرف واحد ، ونقل جماعة من فقهائهم عن محمد بن الحسن الشيباني أحد التلاميذ المقربين من أبي حنيفة ، أنه يكفي في انشاء البيـع قبض أحد البدلين الثمن أو المثمن ، وانتصر له جماعة من فقهائهم ، وأكثرهم على عدم الإكتفاء بالتعاطي من طرف واحد في انشاء العقد ، كما نـص على ذلك الحلواني ، وصاحب الدر المختار وغيرهما (١) .

وجاء في التعبير عن الإرادة : ان الفقـــه الحنفي لم ينظر في أول الأمر إلى المعاطاة كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، وانما انتهى إليها بالتدريـج ، وكان يؤثر اللفظ أولاً ، ونظراً لذلك فقد حصروا التعاطي في الأشياء الخسيسة ، ولكن لا على أساس انه بيع ، ولذا فإن من حلف ان لا يبيـع فباع بالمعاطاة لا يحنث ، ذلك لأن العقد قول له حكم المستقبل كما عرفه سعدي جلبي في شرح العنـاية على

---

١ ـ انظر مصادر الحق للسنهوري الجزء الاول ص ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ .

الهداية ، ومعنى ذلك انه لا يتم تنفيذه بمجرد صدوره ، والمعاطاة تكون نافذة بصدورها لأنها عبارة عن تسليط كل من الطرفين الآخر على ملكه في مقابل ملك الآخر ، وأخيراً اتجه الرأي الراجح عندهم إلى جريانهـا في الخسيس والنفيس ، وأصبح العرف يراها وسيلة للتعبير عن ارادة المتعاقدين وكاشفة عن رضاهما بتلك المبادلة (١) .

ويدعي السنهوري : ان الفقه الحنفي كما تطور وانتهى إلى جريانها في الحقير والنفيس ، مر بمرحلة أخرى كان فيها ضيقاً في بدايته ، وانطلق إلى مرحلة أوسع منها ، فبعد ان كان لا يرى تمام العقد إلا بالتعاطي من الطرفين ، أصبح يكتفي بالقبض من أحدهما والإعطاء من جانب واحد ، وقد أنكر وحيد الدين سوار هذا التطور في الفقه الحنفي الذي أشاد به الاستاذ السنهوري،وادعى ان الفقه الحنفي من ناحية الاكتفاء بها من طرف واحد لا يزال جامداً، ولم يذهب إلى الإكتفاء بها بالإعطاء من طرف واحد إلا محمد بن الحسن الشيباني ونفر قليل من الفقهـاء والمشهور بين فقهاء الأحناف عدم الاكتفاء بها في انشاء البيـع إلا بالتعاطي من الطرفين ، وبعد ان عرض وحيد الدين سوار المراحل التي مر بها الفقـه الحنفي بالنسبة للمعاطاة ، قال : ان المذهب الشيعي والشافعي جمدا في مكانهما ولم يتزعزعا عن النقطة التي بدأ فيها المذهب الحنفي ، وتخلف المذهب الشيعي عنه في المرحلة الأولى من المراحل التي مر بها ، فبينما يرى افادتها الملكية ويعتد بها في المحقرات ، نرى الرأي السائد في المذهب الشيعي يتخلف عن المذهب الحنفي ويرى التعاطي وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية في أي شيء كان (٢) .

ونحن بدورنا نتمنى للاستاذ سوار وغيره ان يطلعوا على الفقه الشيعي ويمارسوه قبل ان يحكموا عليه أو له بشيء ، ونعلم بأنهم لو اطلعوا عليه وتتبعوا آراء فقهاء

---

١ ـ انظر التعبير عن الارادة ص ٢٣٩ .

٢ ـ انظر التعبير عن الارادة ص ٢٤٤ .

الشيعة لعرفوا ان الفقه الشيعي أكثر انطلاقاً ومرونة وتيسيراً من غيره ، وقد بينا في الصفحات السابقة ان أكثر الجعفريين يرون التعاطي وسيلة من الوسائل التي يتم فيها التمليك ، ويعتدون به في الخسيس والنفيس ، وبعضهم لم يفرق بينه وبين العقود المنشأة بالألفاظ الصريحة من حيث عدم جواز التراجع عن المعاملة إلا إذا طرأ ما يسوغ لهما التراجع عنها .

وقد توسع المالكية في المعاطاة من حيث الإكتفاء بها في انشاء العقود ، ولم يفرقوا بين المحقرات وغيرها ولا بين التعاطي من الطرفين والإعطاء من طرف واحد ، وكل ما في الأمر انها لا تلزم في الاعطاء من طرف واحد إلا بعد استلام العوض الآخر ، وقد جاء في الشرح الكبير للدرديري الجزء الثالث : وان حصل الرضا بالمعاطاة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيعَ فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا اشارة ولو في غير المحقرات ، فيلزم البيع فيها بالتقابض ، وما اصل البيع فلا يتوقف على ذلك ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن ، فقد أوجد أصل العقد لا لزومه ، ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز ان يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه ، وقد نص على ذلك الدسوقي وغيره .

وقال في تهذيب الفروق : لقد توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة ، وهي الأفعال دون شيء من الأقوال ، وزادوا على ذلك فقالوا كلما عده الناس بيعاً فهو بيع .

ومن ذلك تبين ان المذاهب الثلاثة تلتقي كلها في الاكتفاء بالمعاطاة في تكوين العقد ولا خلاف بينهم في اصل المبدأ وهم بين من توسع بها بالنسبة لجميع الأشياء ولو كان الاقباض من طرف واحد ، وبين من لا يكتفي بها إلا في المحقرات إذا حصل التعاطي من الطرفين .

وقد وقف الشافعية في مقابل جميع المذاهب الفقهية في هذه المسألة ، وأمعنوا في التمسك بالألفاظ ، ولم يعتمدوا على غيرها في انشاء العقود ، وقد جاء في

المهذب لبعض فقهاء الشافعية : ولا ينعقد البيع إلا بالايجاب والقبول ، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليها ، ونص أحد فقهائهم في الوجيز : بأنها لا تكفي لإنشاء البيع الى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تؤكد عدم الاعتداد بالتعاطي كوسيلة في التعبير عن ارادة المتعاقدين .

ومن مجموع ما تقدم تبين ان المذاهب الاسلامية بأكثريتها تعتمد على الألفاظ أكثر من جميع الوسائل التي تعبر عن ارادة المتعاقدين باستثناء المذهب الحنبلي الذي يكتفي بكل ما يدل على التراضي ويكشف عن ارادة المتعاقدين ، ولو لم يكن بالألفاظ أو التعاطي .

قال ابن القيم في اعلام الموقعين : فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الادلة وجب اتباع مراده ، والالفاظ لم تقصد لذواتها وانما هي ادلة على المقاصد ، فاذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان جاز الاعتماد عليه ، وتستوي في ذلك الاشارة والكتابة والإيماء والقرائن والدلالة العقلية ونحو ذلك مما يكشف عن المراد (١)

والعقدة الوحيدة التي يقف عندها القائلون بعدم الاكتفاء بالتعاطي في انشاء العقود من فقهاء السنة . هو ان التعاطي من الأدوات الظنية التي لا تترجم عما في النفس ترجمة تقطع التردد وتنفي الإحتمالات الاخرى ، ذلك لأن التعاطي يحمل معنى المبادلة ، وهو عنصر مشترك بين جملة من المفاوضات المالية ولا يقتصر على البيع ، ولا يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاوضات وقد جاء التعاطي خالياً عن كل لفظ يرسم حدودها ، فلا مناص اذن من الرجوع الى القول المترجم عما في النفس، لانه الوحيد في تحديد نوع المبادلة التي تقصد من التعاطي ، واضاف الى ذلك في الروض النضير . ان البيع ليس هو مجرد الرضا بالمبادلة ، والا لما كان ثمة فرق بينه وبين سائر الإنشاءات ، وقد ثبت كونها انواعاً متباينة ، كالبيع والإجارة

---

١ – انظر اعلام الموقعين الجزء الاول ص ٢١٨ .

والرهن والهبة المعوضة ، والصلح على مال وغير ذلك ، ولكل واحد منهـا ماهية تخصه ، والرضا الذي لا بد منه في المعاوضة جنس لا بد منـــه في جميـع تلك المعاوضات ، فلا بد في معرفة كون العقد بيعاً او اجارة او صلحاً او هبة من بيان كل منها باسم يخصه ، وليس الا القول المترجم عما في النفس ، والرجوع الى غيره رجوع الى غير ما أمر الله ، على ان الآيات القرآنية يستفاد منها حصر الوسائل التي يتم بها التعاقد بالألفاظ ، ومن ذلك قوله سبحانه : أحل الله البيـع وحرم الربا ، وقوله واشهدوا إذا تبايعتم ، وليس ببعيد كما يدعي صاحب الروض النضير . ان يكون المراد من هاتين الأيتين ان البيع الحلال هو الذي يتم التعبير عنه بصيغة البيـع وما يؤدي معناها من الصيـغ المتعارفة في المعاوضات على حد تعبيره (١)

ولقد وجد المتعصبون للالفاظ هجوماً عنيفاً من فقهاء الحنـــابلة الذين لم يروا للالفاظ أي ميزة على غيرها من الوسائل الكاشفة عن رأي المتعـــاقدين واورد نقوضهم وأدلتهم ابن قدامة الحنبلي في المجلد الرابـع من المغني، وابو بكر الجصاص في احكام القرآن وغيرهما (٢) . ولقد ناصر الاستاذان الشيـخ محمد ابو زهره والشيـخ علي الخفيف الرأي الحنبلي الذي يعتد بالتراضي بأي وسيلة كان لفظاً او غيره من التصرفات والافعال التي تكشف عن ارادة المتعاقدين ومقصودهما (٣)

ثم ان القائلين بأن البيـع لا ينعقد بها كما نقلنا ذلك عن الشافعية بين من يقول

---

١ — وقد اورد ابن قدامة الحنبلي في المغني على من استدل بهاتين الايتين على ان البيـع لا يتم الا بالفاظ البيع وما يؤدي معناها بأن هاتين الايتين ليس الغرض منها بيان الوسيلة التي لا بد منها في انشاء البيـع ، بل المقصود منها اقرار ما تعارف بين الناس بعنوان البيـع اذا لم يؤدي الى الربا وأكل المال بالباطل وبلا عوض .

٢ — انظر احكام القرآن للجصاص المجلد الثاني ص ١٧٣ وانظر التعبير عن الارادة لوحيد الدين سوار ص ٢٥٦ .

٣ — الملكية ونظرية العقد لابي زهرة ص ٢٠٥ و ٢٠٦ ، واحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٥٥ و ١٥٦ .

بأنها معاملة فاسدة لا تبيح لأي من المتعـــاطين ان يتصرف فيما وصل اليه من الطرف الآخر وعليه ارجاعه لمالكه ان كان موجوداً وإلا ارجع اليـه مثله او قيمته ، وبين من يرى انها تبيح لكل منهما ان يتصرف فيما قبضه من الآخر.

اما الناحية الدينية على حد تعبيرهم ، فيظهر من بعض فقائهم ان المعاطاة من كبائر الذنوب، قال في حاشية نهاية المحتاج للرملي: ان عقد المعاطاة من الكبائر ، ونص بعضهم انه من صغائر الذنوب وانه لو وقعت معاملة بالتعاطي بين شافعي ومالكي ، يكون المالكي عاصياً لانه سهل المعصية للشافعي واعانه عليها ويحرم على الشافعي ايضاً لاعتقاده بعدم مشروعيتها ، ومن امثلة ذلك مـــا لو لعب الشافعي مع الحنفي بالشطرنج ، فيكون الشافعي عاصياً وان لم يذهب الى حرمة اللعب به ولكنه يكون عاصياً لأنه أعان الحنفي على المعصية باعتقاده ، ونص الرملي في المجلد الثالث من نهاية المحتاج على عدم حرمة التعامل بالتعاطي (١)

والنزاع في المعاطاة من حيث الحكم التكليفي لا مورد له عند الجعفريين ، لأن لكل منهما ان يتصرف فيما انتقل اليه من الطرف الآخر حتى عند القائلين بأنها لا تفيد التمليك ، نعم مع بقاء العوضين لو تراجعا وامتنع احدهما عن ارجاع ما أخذه من الآخر يكون آثماً وضامناً له فيما لو تلف بيده .

*
* *

الترتيب بين الايجاب والقبول

من المعلوم ان تسمية المعاملة عقد ، باعتبار ان مـــا أنشأه كل من الطرفين مرتبط بما أنشأه الطرف الآخر ، وهذا الارتباط قد يتحقق بايجاب أحدهما وقبول الآخر ، كما لو صدر منه بلفظ قبلت او رضيت وامضيت وغير ذلك بما يؤدي هذا المعنى ، وقد يحصل بلفظ آخر ، كاشتريت وارتهنت ونحو ذلك ، ذلك لأن العقود قسم منها يتقوم بالاعطاء والأخذ من الطرفين كالبيـع والإجارة والصلح والنكاح وغير هذه مما لا بد فيه من الأخذ والإعطـــاء والالتزام والالزام من الطرفين ، وقسم منها يتحقق بالاعطاء من طرف واحد كالهبة والصلح المحـاباتي والرهن ، وقسم ثالث منها يحصل بمجرد الانشاء المجرد عن المعاوضة المالية كالعقود التي يقصد منها اباحة التصرف ، او حفظ الاعيان او الاستنابة ومن ذلك الوكالة والعـارية والوديعة ، هذه العقود الثلاثة تحصل بالانشاء وحده ، ولا يتوقف تحققها على الاخذ والاعطاء من الطرفين او من أحدهما.

ثم ان تمييز البائع عن المشتري في القسم الأول من العقود ، مرة يكون بالقصد والإعتبار ، وأخرى يكون من مقتضيات العقد ، كما لو عبر المشتري عن ارادته بلفظ قبلت أو اشتريت مثلاً ، فان العقد بذاته يدل على ان الموجب هو الأول ،

---

١ - انظر التعبير عن الارادة ٢٤٧

والقابل هو الثاني ، وإذا لم يعبر المشتري باحد هذين اللفظين أو ما يؤدي معناهما فالتمييز بينهما يكون بالقرائن الخارجية عن العقد ، لأن العرف فيمن ملك داره لشخص بمبلغ من النقود يرى مالك الدار هو البائع ، ومعطي النقود هو المشتري ، كما يرى الزوجة موجبة في عقد النكاح لأنها تعطي نفسها للزوج ، والزوج هـو القابل ، لأنه يقبل منها ذلك ، ويعطيها مبلغاً من المال في مقابل ما أعطته إياه ، وإذا كان العوضان من النقود ، أو كانا من العقارات أو غيرهما من الأعيان الخارجية ، فإن من يقصد تمليك ماله لغيره بعوض فهو البائع ، ومن يقصد تملك ذلك المال بالعوض فهو المشتري ، فكل من البائع والمشتري ينشأ أمرين احدهما بالمطابقة والآخر بالإلتزام ، فالبائع الموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقة ، ويتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً ، والطرف الآخر القابل يتملك مال البائع بقبوله مطابقة ، وينقل ماله إلى البائع التزاماً ، وبنتيجة ذلك لو أنشأ كل من الطرفين العقد بلفظ شريت وأعطيت مثلاً ، فالذي ينشأ هذا اللفظ أولاً هو البائع الموجب ، والذي أنشأ بعده هو القابل ، لأن البائع هو من يقصد تمليك ماله لغيره بعوض ، والذي أنشأ أولاً هو الذي قصد ذلك ، والطرف الثاني وهـو المشتري قد أنشأ تملك ذلك المال بالعوض الذي اتفقا عليه ، فيكون المتقدم هو الموجب والمتأخر هو المشتري القابل ، ولا يجوز تقدمه على الإيجاب سواء كان بلفظ قبلت أو بغيره من الألفاظ الأخرى ، لان انشاء المشتري المتضمن نقل ماله عوضاً عن نقل البائع ماله إليه ، هذا النقل من المشتري لا يصدق إلا بعد صدور النقل من البائع ، وهو بخلاف الإيجاب الحاصل من البائع فإنه من حيث مفهومه لم يصدر منه للمصادقة على أمر سابق عليه ، وان كان تأثيره الخارجي متوقفاً على القبول .

ومجمل القول ان تبديل المال بعوض من حيث كونه صادراً من الموجب لا يتوقف انشائه على القبول، اما القبول من الطرف الثاني الحاصل بانشاء المشتري فلا بد وان يكون مسبوقاً بانشاء البائع، لان المعنى المقصود من القبول لا يمكن

ان يتحقق ولو في عالم الاعتبار إلا بعد وقوع الإيجاب من الموجب ، لانه مرتبط به انشاء وتأثيراً ، وعلى ذلك فعقود المعاوضة سواء كانت المعاوضة من طرفين كالبيع والاجارة والنكاح ، أو من طرف واحد كالهبة والرهن وغيرهما لا بد فيها من تقديم الايجاب على القبول ، ولا يلزم ذلك في بقية العقود التي لا تفيد أكثر من اباحة التصرف والاستئمان كالعارية والوكالة والوديعة ، باعتبار ان الغرض من هذه العقود يحصل بأي نحو كان (١) .

وقال في الجواهر : الاشهر بين فقهاء الامامية تقديم الايجاب على القبول ، ورجح جماعة منهم جواز تقديم القبول على الايجاب إذا لم يكن بلفظ قبلت، ذلك لان صدق العقد لا يتوقف على الترتيب بين الايجاب والقبول ، ومن جهة ثانية فان كلًا من الثمن والمثمن عوض عن الآخر ، وبهذا الاعتبار يمكن ان يكون المشتري موجباً والبائع قابلًا ، وليس المراد من تبعية القبول للايجاب تبعية اللفظ للفظ ، بل المراد منها التزام المشتري بما التزم به الموجب سواء تقدم انشائه أو تأخر (٢) .

وقد اعتمد انصار هذا الرأي بالاضافة إلى ما تقدم على مروية ابان بن تغلب عن الصادق (ع) التي تعرضت لكيفية عقد النكاح ونصت على صحته ولو في حال تقدم القبول على الايجاب من الزوجة وقد جاء فيها تقول لها : أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه ، فان قالت نعم فهي امرأتك . وجاء عن الرسول (ص) : انه زوج امرأة من سهل الساعدي واكتفى بالقبول الصادر منه قبل ايجابها وجاء فيها انه قال له زوجنيها يا رسول الله . « فقال عليه وعلى آله الصلاة والسلام : زوجتكها بما معك من القرآن »

والذي رجحه الشيخ الانصاري في المكاسب ان المتعاقدين اذا اعتمدا لفظ

---

١ ـ انظر منية الطالب للخونساري ص ١١٠ و ١١١ .

٢ ـ انظر الجواهر كتاب المتاجر شروط العقد .

البيع والقبول في انشاء المعاوضة لا يصح تقديم القبول على الايجاب ، واذا اعتمدا غيرهما من الالفاظ ، كاشتريت وملكت وتملكت وابتعت ونحو ذلك بناء على انه يتم العقد بهذه الالفاظ ونحوها ، فاذا اعتمدا هذه الالفاظ يصح تقديم القبول من المشتري ويتم العقد بذلك (١)

ويبدو ان الخلاف الواقع بين الجعفريين في هذه المسألة واقع بين فقهاء المذاهب الفقهية الاربعة ، وفي ذلك يقول الاصفاني : ان القبول باعتباره قبولاً للايجاب لا يتم العقد بتقديمه عليه ، ذلك لان الايجاب هو ما صدر أولاً سواء كان بائعاً أم مشترياً ، فكما انه لو قال المالك بعتك الدار بعشرة دنانير يكون موجباً، كذلك لو قال الطرف الآخر اشتريت هذه الدار منك بعشرة دنانير يكون موجباً ، وعلى هذا الاساس لا يتصور تقديم القبول على الايجاب لأن من يبادر إلى الانشاء اولاً يكون هو الموجب والذي ينشأ بعده هو القابل ، ونص المالكية على جواز تقديمه اذا كان بلفظ الامر ، كما لو قال المشتري لمالك الدار : بعني هذه الدار ، فقال له المالك بعتك . فأن العقد عندهم يتم بمجرد ذلك ولا يحتاج إلى القبول من المشتري بعد ايجاب البائع ، ومع انهم قد اتفقوا على ان العقد يتم في هذه الحالة فقد رجح جماعة منهم عدم لزومه وجواز التراجع لكل منهما فيما التزم به للآخر .

وقال الشافعية : اذا كان القبول بلفظ الامر يصح تقديمه على الايجاب ويتم العقد بالقبول المتقدم والايجاب المتأخر ، وإذا كان بلفظ الاستفهام كما لو قال له المشتري : هل تبيعني الدار ؟ فقال له المالك : بعتك اياها ، فلا بد من القبول في هذه الحالة .

وقال الحنابلة : إذا كان القبول بلفظ الامر والماضي والمضارع يصح تقديمه ويتم بذلك العقد ، وإذا كان بلفظ الاستفهام فلا ينعقد البيع إلا بانشاء المشتري القبول بعد ايجاب البائع (٢) .

---

١ - انظر المكاسب شروط العقد .

٢ - انظر الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الثاني ص ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨

اتصال القبول بالايجاب

١٥

لقد نص جماعة من فقهاء الإمامية على انه لا بد من الاتصال بين الايجاب والقبول ، ذلك لأن كل ماهية تتألف من مجموعة من الاجزاء التدريجية لا تتحقق الماهية الا بعد وجود الاجزاء بكاملها ، ومن المعلوم ان الفصل بين اجزاء المركب اذا كان موجباً لعدم صدق العقد الذي اعتبره المشرع موضوعاً للآثار المقصودة للمتعاقدين وجب تحاشيه والاتيان بالاجزاء بنحو يصدق وجود العقد بعد وجود الاجزاء بكاملها ، ومما لا شك فيه ان العرف لا يرى مانعاً من وجود العقد فيما لو كان الفاصل يسيراً ، كما لو تأخر القبول عن الايجاب فترة من الزمن ليتأكد المشتري من صلاح هذه المعاملة بالنسبة اليه ما دام في مجلس العقد ، أو تكلم الطرفان بين الايجاب والقبول بكلام خارج عن المعاملة قبل ان يعبر المشتري عن ارادته ، اما لو سكت طويلاً وانتهى مجلس العقد وتفرق الطرفان عنه ، ثم رجع بعد يوم او بعض يوم وانشأ القبول ، فلا يصدق العقد في مثل هذه الحالة ، ويبطل اثر الايجاب الصادر من البائع .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ثم ان المعيار في الموالاة موكول إلى العرف كما في الصلاة والقراءة والآذان ونحو ذلك ، والاتصال الحقيقي ليس شرطاً في صحة العقد ، والعرف لا يرى الفصل بالكلام الطويل ما دام المتعاقدان في مجلس العقد مخلاً بالموالاة ومانعاً عن صدق العقد ، وفصل في منية الطالب بين العقود العهدية كالبيع والاجارة والصلح والهبة والرهن وبين غيرها كالعارية والوديعة

والوكالة، فأكد اعتبار الموالاة في النوع الاول من العقود،وعلل ذلك بأن صدق العقد عليها مفاده ان كلًا من انشاء البائع والمشتري مرتبط بالآخر ويراهما العرف كلاماً واحداً ، كما هو الحال في كل امرين او أمور يجمعها عنوان واحد ، ومع الفصل الطويل يصبح كل واحد من الاجزاء عنواناً مستقلاً قائماً بذاته ، اما النوع الثاني من العقود فمن حيث انها لا تنشأ الزاماً ولا ترابطاً بين ارادتين لم تكن في واقعها من العقود ، والمقصود منها اباحة التصرف واستنابة الغير في حفظ العين المودعة كما هو الحال في الوديعة والقيام عنه ببعض الاعمال ، وهذه الغايات يمكن التوصل اليها بأي نحو كان من انحـــاء الاقوال والافعال (١) .

وقال الدكتور محمد يوسف : يشترط لانعقاد العقـد اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد إذا كان الطرفان حاضرين معاً فيه وهذا الاتصـال يكون بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن صاحبه ، وبأن لا يصدر منه ما يعتبر اعراضاً عن العقد ، من طرف الموجب أو القابل على حد سواء ، وأضاف إلى ذلك : بأن من مصلحة الموجب كالبائع أو المؤجر مثلاً معرفة رأي الآخر حتى يعلم بإيجابه ، ومن مصلحة هذا ان يبادر بالقبول ان أراد قبل ان يرجع صاحبـه عن إيجـابه ، واستطرد يقول : وما دمنا قد اشترطنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول فان صاحب الإيجاب لو ترك المجلس قبل قبول الآخر يبطل إيجابه ، فلو قبل صاحبه بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمماً للعقد ، لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود بقيـــام صاحبه وتركه المجلس فلم يتلاق به القبول ، وكذلك لا يتم العقد ان كان الذي ترك المجلس هو الطرف الآخر بعد صدور الايجاب من الأول (١) .

والمتحصل من ذلك ان العقد موضوع الأثر الشرعي والقانوني لا يبقى له صفة التأثير المقصود للمتعاقدين فيما لو تخلل الايجاب والقبول فصل طويل من الاعمال

---

١ – انظر منية الطالب ، والمكاسب للشيخ الانصاري .

٢ – انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الشريعة الاسلامية ص ٣٢٦ .

بنحو يصبح الايجاب الصادر من البائع مثلاً بعد هذا الفاصل الطويل غير صالح للتأثير بنظر العرف ، وفي حكمه ما لو انشأ الطرف الثاني القبول بعد فترة طويلة في مجلس آخر ، ومع اتحاد المجلس لو تخلل بين الايجاب والقبول كلام أو سكوت بنحو لا يعد اعراضاً من الموجب عن ايجابه بنظر العرف ، هذا النوع من الفصل بين الايجاب والقبول لا يمنع من تحقق العقد وتأثيره فيما لو لحقه القبول من الطرف الآخر وهما في مجلس الايجاب .

وتحديد الاتصال بين أجزاء العقد بذلك يتفق اتفاقاً كلياً مع الذي نقلناه عن الجعفريين ويقره العرف ولا يتعارض مع أدلة التشريع التي تعرضت لاحكام العقود والمعاملات .

وقال الدكتور سليمان مرقس : إذا جمع العاقدان مجلس واحد ، فان التعبير الذي يصدر من احدهما يصل إلى علم الآخر فوراً فينتج اثره بمجرد صدوره ، فالايجاب يصل في الحال إلى علم الموجه إليه ، أي انه لا يكون ثمة فاصل زمني بين صدور التعبير وبين انتاج اثره وصلاحيته لإقتران القبول به ، فيصبح الايجاب صالحاً لاقتران القبول به ولو لم يصدر القبول فور صدور الايجاب بشرط حصول القبول قبل انفضاض مجلس العقد ، أي قبل انصراف الطرفين ، أو افتراقهما ، لان انفضاض المجلس دون قبول يعد رفضاً للايجاب مسقطاً له ، وأضاف إلى ذلك : وقد نص التقنين على ذلك حيث قرر في المادة ٩٤ منه : إذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون ان يعين ميعاد القبول فان الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الايجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق آخر ، وجاء في المادة المذكورة : ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر الايجاب فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل ان ينفض مجلس العقد (١) ، فالقانون لم يشترط أكثر من وحدة المجلس في هذه المسألة ولا

(١) انظر العقد لسليمان مرقس ص ١٢٧ .

يرى الفواصل مهما بلغت مانعة من صدق العقد إلا إذا دلت على ان الموجب قد عدل عن ايجابه .

ومع ان المذاهب الاربعة متفقة على أنه لا بد من وحدة المجلس نجد فريقاً منهم يشترط الفورية بالاضافة إلى ذلك .

قال السنهوري في مصادر الحق : وجاء في الجزء الخامس من البدائع : واما الذي يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، فان اختلف لا ينعقد، حتى لو أوجب احدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد البيع ، وأضاف إلى ذلك: وعند الشافعي لا بد من الفورية في مجلس العقد ولا يتم العقد بدونها ، وجاء في الفقه على المذاهب الاربعة : ان الفصل بين الايجاب والقبول بالكلام الأجنبي سواء كان قليلاً او كثيراً يمنع من تأثير الايجاب عند الشافعية وكذلك السكوت الطويل وعند الاحناف ان الفاصل الذي لا يمنع من تأثير الإيجاب هو الفاصل اليسير ، كما لو قال البائع للمشتري : بعتك هذا الثوب بعشرة دنانير مثلاً وبعد ان شرب الماء او انهى حديثه انشأ القبول ، امـا لو انشأ القبول بعد ان تناول الطعام او نام وانتبه من نومه ، فلا يؤثر قبوله في تكوين العقد (١)

ويبدو ان الشافعية والأحناف يلتقيان من حيث اعتبار الفورية بين الايجاب والقبول،ولكن الأحناف يدعون بأن الفواصل مهما كان نوعها توجب تعدد مجلس العقد، والشافعية يعتبرون الفورية من حيث ان الفواصل بين ايجاب البائع وقبول المشتري بأي عمل من الأعمال تكشف عن اعراض المشتري وانصرافه عن المعاوضة ، مع اعترافهم بأن وحدة المجلس لا تتأثر بأي عمل من الاعمال ما لم يتفرق الطرفان بأبدانهم عن المحل الذي انشأ فيه البائع صيغة الإيجاب. وعند المالكية

١- انظر الفقه على المذاهب الاربعة ص ١٢٧ .

ان الفصل بكلام اجنبي بين الايجاب والقبول لا يمنع من تأثير القبول من المشتري ما دام المتعاقدان في المجلس ، وأكد ذلك احد فقهائهم ، وجاء في الجزء الرابع من الحطاب ص ٢٤٠ :

والذي تحصل عندي من كلام اهل المذهب انه اذا اجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً ، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً ، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الاعتراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع ، ولا يشترط ان لا يحصل بين الايجاب والقبول فصل بكلام اجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية ، ويتفق الحنابلة معهم في ذلك ، فقد جاء في الشرح الكبير على المقنع لبعض فقهاء الحنابلة ص ٤ من الجزء الرابع: فإن تراخى القبول عن الايجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا فيما يقطعه والافلا لأن حالة المجلس كحالة العقد فان تفرقا عن المجلس او تشاغلا بما يقطعه لم يصح العقد ، لأنه انما يتم بالقبول ولا يتم مع تباعده عن الايجاب ، كالاستثناء بالنسبة الى المستثنى والشرط بالنسبة الى المشروط والخبر بالنسبة الى المبتدأ (١)

واذا تبايعا وهما ماشيان او راكبان على دابتين او محمل واحد ، فان اتصل القبول بالايجاب يتم العقد ، وإن تأخر القبول عن الايجاب ولو قليلاً لا يتم العقد ، لأن المجلس يتبدل بالمشي او السير وان قل ، وفرق بعض الاحناف بين مالو تبايعا ماشيين او راكبين ، وبين مالو تبايعا في السفينة ، ففي الأول يتبدل المجلس ولو بخطوة واحدة اذا تأخر الايجاب عن القبول ، لان المشي من فعلها وكذا بالنسبة الى سير الدابة من حيث انها تحت سيطرتها ، وفي الثاني يتم العقد بينهما ولو كان الفاصل طويلاً بين الايجاب والقبول ، لأن سير السفينة مسبب عن جريان الماء فيها في مجلس العقد ولو طال بها السير (٢) .

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري الجزء ٢ ص ٥ و٦ .

(٢) نفس المصدر ص ٨ .

ومهما كان الحال فاتحاد مجلس العقد بمعنى عدم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول الموجب لعدم ارتباط كل من جزئي العقد بالآخر ، هذا النوع من الاتحاد متفق عليه بين جميع المذاهب الاسلامية وهو الذي اختاره الجعفريون كما يبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجاميع الفقه الشيعي ، اما الاتحاد بمعنى صدور القبول من المشتري فور صدور الايجاب من البائع ، وعدم الفصل بينهما ولو بالكلام اليسير كما يدعي الشافعية وبعض الاحناف ، هذا النوع من الاتحاد لا تؤيده مصادر التشريع ولا يقره العرف العام ، كما وان اختلاف مجلس العقد بتتابع السير ولو خطوة أو خطوتين قبل صدور القبول من المشتري فيما لو تعاقدا وهما ماشيان أو راكبان ، وعدم اختلافه فيما لو تعاقدا في سفينة ونحوهما وان طال بهما السير ، هذا التحديد لمجلس العقد كما يبدو من النصوص الفقهية الموجودة في كتب الأحناف ينطوي على تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا تساعد عليه النصوص الشرعية ولا يقره العرف الذي لا يمكن تجاهله في هذه المسألة وأمثالها من المسائل التي لم يتخط فيها الشارع طريقة الناس في عقودهم ومعاملاتهم .

*

* *

التعليق في العقود

١٦

التعليق الواقع من المتعاقدين أو من احدهما ، امـــا ان يرجع إلى المعنى الموضوع له الايجاب والقبول ، واما ان يرجع للمعنى المقصود للمتعاقدين وهـو التمليك والتملك، فإن رجع إلى الأول يكون لغواً، لأن المعنى الموضوع له اللفظ وجوده تابع لوجود اللفظ فلا يتصور فيه ان يكون مشروطاً بشيء آخر ، كما هو الحال في جميع المعاني الايجادية التي توجد بوجود الألفاظ ولو لم تكن مقصودة للمتكلم ، فلا بد وان يكون المراد من التعليق الذي تعرض له الفقهاء بهذا العنوان هو التمليك المقصود للمتعاقدين من صيغة العقد ، وقد نص جماعة من الفقهاء على ان صيغة العقد انما تؤثر الأثر المقصود للمتعاقدين إذا أنشئا التمليك والتملك، والانشاء المعلق على أمر متأخر مرجعه إلى عدم الجزم بالمعاوضة بين المالين كما هو ظاهر .

ويجمل القول ان الشرط اما ان يكون معلوم الحصول، واما ان يكون مشكوكاً، وعلى التقديرين اما ان يكون متأخراً عن العقد أو مقارناً له ، وعلى جميع التقادير اما ان يكون مما يتوقف عليه صحة العقد ، أو أجنبياً عنه ، فما كان من الشروط معلوم الحصول حين العقد ، فلا يمنع اشتراطه من صحة العقد ، كما لو قال البائع : ان كان هذا العقار ملكي فقد بعته منك ، وقد نص جماعة من الفقهاء على جـواز ذلك وعدم كونه مانعاً عن تأثير العقد ، اما إذا كان معلقاً على أمر متأخر معلوم

الحصول أو مشكوك الحصول ولا تتوقف عليه صحة المعاملة ، فلا يصح العقد في مثل ذلك ، لأن البائع لم ينشأ تمليك ماله للمشتري على جميع التقادير ، وكذلك فيما لو كان معلقاً على أمر متأخر تتوقف عليه صحة العقد ، وان كانت هذه الصورة أقل خطراً على العقد من الصورتين المتقدمتين ، لأن المتعاقدين لم يشترطا إلا ما يقتضيه اطلاق العقد ، فيكون الشرط مؤكداً لما يقتضيه نفس العقد (١) .

ونص في منية الطالب على ان التعليق بجميع فروضة لا يمنع من صحة العقد لأن الأحكام الشرعية المترتبة على موضوعاتها من نوع القضايا الحقيقية والحكم في القضايا الحقيقية مشروط بوجود موضوعه ، بالاضافة إلى ان التعليق واقع في بعض العقود والايقاعات، كالوصية والتدبير والنذر والعهد واليمين، وأضاف إلى ذلك: ان الاجماع الذي ادعاه جماعة على بطلان العقد المعلق لو صح ان الفقهاء مجمعون على ذلك، فانما هو من حيث بنائهم على ان التعليق يتنافى مع الجزم الذي لا بد منه في انشاء المعاوضة، والإجماع بعد الاطلاع على مدركه يسقط اعتباره كدليل شرعي لاثبات الاحكام، نعم الذي يمكن الاعتماد عليه لابطال العقود المعلقة ، ان التعليق في العقود المتعارفة بين الناس غير متعارف بين المتعاقدين ولم تجر العادة على استعماله في العقود، وبهذه الملاحظة يصبح العقد المعلق غير مشمول لادلة العقود والعناوين الاخرى لجواز ان يكون المراد منها العقد المتعارف الذي اعتاد الناس على استعماله (٢) .

واستطرد يقول : ومن هذا البيان يظهر وجه الصحة فيما لو علق العقد على ما ما يتوقف صحته عليه سواء كان المعلق عليه معلوماً أو مشكوكاً لجريان العرف والعادة على التعليق عليه ، سيما إذا كان مشكوكاً فإن طريق التخلص منوط به ، ونرى وقوعه كثيراً بين عامة الناس وبعد كونه متعارفاً يصدق العقد عليه فتشمله

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الانصاري ، شروط العقد .

(٢) لا يخفى ان تعليق المنشأ اذا لم يكن مخلاً في العقد ولم يتنافى مع انشاء التمليك كما يفترض في منية الطالب فعدم كونه متعارفاً بين الناس لا يمنع من صدق العقد عليه اذا توفرت فيه اركان العقد وشروطه .

أدلة العقود والعناوين الاخرى (١) .

وقد فصل الشافعية بين التعليق على مشيئة الموجب او المشتري بشرط ان يكون هو المنشأ اولاً وبــين التعليق على مشيئة الله او على شرط لا يقتضيه العقد ، فحكموا ببطلان العقد في الصورة الثانية وصحته في الأولى . وجـــاء في النص الفقهي المنسوب اليهم : هو انه لا يضر تقييد اللفظ بالمشيئة كقوله : اشتري مني ان شئت ، ولكن بشروط اربعة .

الأول: ان يردا الشرط في كلام المنشىء للعقد اولاً سواء كان بائعاً او مشترياً، الثاني: ان يخاطب مفرداً ، فان خاطب بها جماعة فلا يصح العقد ، الثالث: ان يرد الشرط بصيغة الخطاب ، الرابـع: ان يتأخر الشرط عن الصيغة المقترنة بالشرط سواء كانت ايجاباً او قبولاً ، اما اذا كان التعليق على مشيئة الله او على امر آخر يقتضيه العقد ، كما لو قال : بعتك ان شاء فلان مثلاً ، فلا يصح العقد .

وجزم الحنابلة بصحة العقد المعلق على مشيئة الله من غير فرق بين ان يكون التعليق من البائع او المشتري (٢) .

وقال الدكتور سليمان مرقس : وكذلك يسقط التعبير بوجه عام اذا كان من وقت صدوره معلقاً على شرط بتخلف هذا الشرط ، ومثل لذلك بما اذا باع انسان داره لشخص بثمن معين اذا انتقل من البلد الذي هو فيها ، فاذا لم ينتقل من البلد يسقط التعبير إيجابا كان او قبولاً (٣) ومن ذلك تبـــين ان التعليق على شرط ونحوه لا يبطل العقد سواء كان من طرف الموجب او القابل ، وانمـــا يبطل الايجاب او القبول المعلق اذا لم يحصل الشرط مهما كان نوع ذلك الشرط ، كما هو مفروض المثال .

---

(١) انظر منية الطالب ص ١١٢ و ١١٣ .
(٢) الفقه على المذاهب الاربعة الجزء ٢ ص ١٥٨ و ١٥٩ .
(٣) نظرية العقد ص ١١٢ .

التطابق بين الايجاب والقبول

١٧

لا بد في تكوين العقد باعتبار ان الايجاب والقبول من اركانه الاساسية من موافقة كل منها للآخر ، لأن الارادة الظاهرية التي تدل عليها صيغة العقد تعكس ارادة المتعاقدين ، فلو اختلف الايجاب عن القبول لا يمكن من تلك الصيغة ان نكتشف ارادتهما الموحدة ، ولا يكون كل منهما ملزماً بما الزم به نفسه للأخر ما دام الطرف الأخر لم يستجب لالزامه ، وقد نص فقهاء الشيعة على وجوب التقيد بهذا الشرط في مقام التعاقد في اكثر المجاميع الفقهية .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول فلو اختلفا في المضمون بان اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري او الثمن والمثمن ، او توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه اخر لم ينعقد ، ومن امثلة ذلك ما لو قال البائع بعت الدار لموكلك فقبل الطرف الأخر لنفسه او لشخص اخر لم يكن مقصوداً للبائع ومن امثلة ذلك ما لو قال البائع بعتك الدار بكذا درهماً فقبل البائع نصفه بنصف الثمن الذي عينه البائع الى غير ذلك من أمثلة عدم التوافق بين الايجاب والقبول ، وقد علل ذلك بأن العقد امر واحد مركب من ايجاب البائع وقبول المشتري ، فاذا لم يلتزم المشتري بما الزمه به البائع والزم به نفسه ، يكون في هذه

الحالة قد التزم بأمر جديد لم يلتزم به البائع فلا يحصل التعاقد بين الطرفين ، لان العقد يتكون من ايجاب البائع وقبول المشتري فكل من الايجاب والقبول متمم للأخر ، فاذا لم يتوافقا لا يرتبط احدهما بالأخر ، ويستثنى من ذلك ما اذا كان الاختلاف بينهما لا يرجـــع الى اركان العقد كالعوضين . او المتعاقدين ولا الى شروطه كما لو اعتقد البائع ان المـــال لزيد وهو في واقع الامر لعمر فتوجه لزيد باعتباره المالك للثمن وانشاء البيـع فقبل عمر باعتباره المالك للدراهم الـــتي هي العوض عن المبيـع ، فهذا الاختلاف لا يوجب التباين في محل الايجاب والقبول ، لأن المقصود للبائع هو المالك الحقيقي للثمن وتعيينه لزيد مثلاً باعتباره هو المالك باعتقاده، فاختلاف القبول عن الايجاب يرجع الى الاختلاف في التطبيق لاغير(١) .

وقد فصل بعض الفقهاء بين ما لا يتحقق العقد بدونه، وبين غيره من الشروط والأوصاف ، فإن رجع الاختلاف بين الايجاب والقبول إلى الأجزاء التي يتكون منها العقد يبطل في هذه الحالة ، وان رجع إلى الشروط والأوصاف كما لو أوجب البائع بشرط يرجع إلى الثمن مثلاً أو وصف فيه ، وقبل المشتري بدون الشرط أو الوصف فلا يبطل العقـــد من أساسه ، لان فوات الاوصاف والشروط لا يوجب البطلان بناء على ان ايجاب البائع ينحل إلى أكثر من ايجاب واحد فيكون العقد صحيحاً فيما اتفق فيه ايجاب البائع مع قبول المشتري ، ولكنه تردد فيه أخيراً (٢) .

ونص الشيخ محمد حسن في الجواهر: ان التطابق الذي لا بد منه بين الايجاب والقبول هو بالنسبة إلى المبيع والثمن لا في كل شيء ، لان الفقهاء قد اتفقوا على صحة الايجاب بلفظ بعت والقبول بلفظ اشتريت ، والمراد من المطابقة بينهما هي التي لو لم تحصل لا يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً لايجاب البائع ، ولا

(١) انظر المكاسب ومنية الطالب ص ١١٤ .
(٢) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ١١٢ .

إيجاب البائع موافقاً لقبول المشتري ، ومن امثلة ذلك كما جاء في الجواهر : ما لو قال احدهما بعتك هذين العقارين بألف فقبل احدهما بخمسمائة ، ولو توجه بالايجاب إلى شخصين، فقال بعتكما هذين العقارين بألف درهم فقبل أحدهما بنصف الثمن ، ولو قال بعتك بعشرة دراهم فقبل بأكثر من هذا المبلغ لا يصح العقد أيضاً لعدم موافقة القبول للايجاب ولكنه تردد أخيراً في هذا الفرض من حيث ان المشتري قد قبل بايجاب البائع ، والزيادة التي وقعت منه إذا لم يرض بها البائع تكون ملغاة ، وهذا بخلاف الفروض السابقة فان القبول الصادر من المشتري لا يعبر عن ارادته ، ومعلوم ان العقد انما يؤثر الأثر المقصود منه عندما تلتقي الارادتان ، إرادة البائع والمشتري على أمر واحد (١) .

والظاهر ان هذه المسألة من المسائل المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الاسلامية كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل ، والسنهوري في مصادر الحق ، فلقد جاء فيه عن الجزء الخامس من البدائع : والذي يرجع إلى نفس العقد فهو ان يكون القبول موافقاً للايجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق لقبول المشتري ، فلو قال المالك لرجلين بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد البيع .

ونص في فتح القدير على ان المشتري ليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا في بعض الثمن لعدم رضا الطرف الأخر بتفريق الصفقة لأن غرضه قد يتعلق بالجملة بسبب حاجته الى الكل وقد اورد مجموعة من النصوص الفقهية وكلها تؤكد هذا الشرط (١)

---

(١) الجواهر كتاب المتاجر شروط العقد .
(١) انظر مصادر الحق الجزء ٢ ص ٤٦ و٤٧ .

والظاهر ان الفقه المدني اكثر تصلباً وتمسكا بهذا الشرط من الفقة الاسلامي كما يبدو ذلك من النصوص التي وردت في الوسيط للسنهوري،وفي نظرية العقدللدكتور مرقص وغيرهما ، قال الدكتور مرقس : ويجب ان يطابق القبول في ذلك ما اتجهت اليه ارادة الموجب ، واذا انطوى الايجاب على احكام معينة حددها وفصلها باعتبارها منظمة آثار التعاقد الذي يعرض الموجب ان يرتبط تعين ان يطابق القبول الايجاب في كل التفاصيل التي شملها ، فاذا انعدم هذا التطابق التام امتنع تطابق الارادتين ، ذلك الاقتران اللازم لنشوء العقد .

واضاف الى ذلك : وليس معنى ذلك انه يجب في كل اتفاق تطابق الارادتين في كل المسائل التي تدخل في العقد او تتفرع عنه ، بل تطابقها في المسائل الرئيسية او الأركان التي لا يتم العقد بدون الاتفاق عليها ، وفي حال عدم اختلافها في المسائل التفصيلية لوجود التطابق والتوافق بشأنها ، او من جهة ارجائها الى ما بعد انعقاد العقد ، وفي هذه الحالة الاخيرة يتم العقد ، ولا يؤثر في انعقاده تعذر الاتفاق على المسائل المرجأة ما دامت نية العاقدين لم تتجه الى جعل انعقاد العقد معلقاً على شرط حصول الاتفاق على تلك المسائل ولها ان يرجعا في المسائل المرجأة الى القاضي ليفصل بينهما فيها كما نصت على ذلك المادة ٩٥ من القانون المدني . (١)

وقال السنهوري في الوسيط : اذا اختار المشتري ان يقبل وجب ان يكون قبوله مطابقاً للايجاب مطابقة تامة ، وان يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الايجاب ، وقد تضمنت المادة ١٣٧ انه لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان اتفاقاً تاماً على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن العقد ، اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا

---

(١) انظر نظرية العقد ص ١٢٢ ، والمدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٤ و ٣٢٥ .

الاتفاق في ورقة مكتوبة ، واضاف الى ذلك . انه ليس من الضروري لابرام العقد ان يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل مسألة مسألة،فقد نصت المادة ٩٥ من القانون المدني الجديد على انه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد تاماً ، والذي يبرر هذا الحكم هو ان هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، واخيراً انتهى الى النتيجة التالية .

يجب ان يكون القبول مطابقاً للايجاب على النحو الذي قدمناه،اما إذا اختلف عنه زيادة او نقصانا او تعديلا فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن ايجابا جديداً ، وهو الذي تقضيه المادة ٩٦ من القانون الجديد (١)

ومجمل القول ان القوانين المدنية الحديثة والقديمة تعتبر موافقة القبول للايجاب في المسائل الجوهرية التي تحقق أغراض المتعاقدين كالثمن والمبيع وتوابعهما وغير ذلك من الأركان التي لا بد منها في العقود ، اما المسائل الأخرى سواء اتفق عليها الطرفان قبل الايجاب أو تركا الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد ، فعدم موافقة القبول للايجاب بالنسبة إليها لا يمنع من إتمام العقد وتأثيره ، وهذا النص يتفق مع الرأي الذي تبناه بعض فقهاء الشيعة ، ومنهم الشيخ في الجواهر ، فلقد اختار في الجواهر ، ان التطابق بين الإيجاب والقبول لا بد منه بالنسبة إلى المبيع والثمن لا مطلقاً وفي كل شيء مما لا يرجع إلى الأركان والشروط التي تحقق غرض المتعاقدين ، كما وان السيد الحكيم في نهج الفقاهة قد عرض هذه الفكرة في سياق حديثه عن هذه المسألة ، ولم يجزم بها .

ومهما كان الحال فالمراد من موافقة القبول للايجاب هو المطابقة بينهما بنحو

---

(١) انظر الوسيط ص ٢١٨ و٢١٩ و ٢٢٠ .

يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً بالايجاب الصادر من البائع ومعبرا عن ارادتها المتجهة إلى المبادلة والمعاوضة من الطرفين ، ولا يتم ذلك إلا بعد موافقة القبول للايجاب من حيث الأركان وغيرها من الصفات المحققة لأغراض المتعاقدين، اما التقيد بالألفاظ الصادرة من الموجب وبعض الخصوصيات الأخرى التي لا يتوقف عليها تكوين العقد ولا تقتضيها طبيعة المعاوضة هذا النوع من الموافقة ليس من شروط العقد ولا تتوقف عليه صحة المعاوضة .

*

* *

بقاء المتعاقدين على صفة الأهلية الى ان يتم العقد

١٨

ومن جملة الشروط التي لا بد منها في تكوين العقد المؤثر شرعاً وقانوناً ، هـو بقاء كل من المتعاقدين صالحاً للايجاب والقبول إلى حين انتهاء العقد ، ذلك انـه لو عرض الجنون والاغماء أو السفه ونحو ذلك من العوارض على أحد الطرفين قبل إتمام العقد لم يعد صالحاً للانشاء المطلوب منه فلا يتم العقد موضوع الاثر الشرعي على الايجاب وحده ولا على القبول وحده ، لان الآثار المقصودة للمتعاقدين والتي أقرها الشرع والقانون عند حصول أسبابها انما تترتب على العقد المؤلف من ايجاب احدهما وقبول الآخر ، فلو لم يكن الموجب صالحاً حين انشاء المشتري بأن عرض عليه الجنون أو غيره من عوارض الاهلية قبل صدور القبول من المشتري يسقط ايجابه عن الاعتبار ، وكذلك فيما لو عرض على المشتري ما يمنع من صحة تصرفاته فلا يتم العقد بينهما .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم كونهما قابلين للخطاب ، كالموت والجنون والاغماء والنوم فالوجه في اعتبار هـذا الشرط عدم تحقق المعنى المقصود من المعاقدة والمعاهدة في مثل هـذه الحالات الطارئة ، وان كان من جهة عدم الاعتداد برضاهما كالمحجر عليهم لسفه أو تفليس أو لمرض أو لعروض الرقية على البائع أو المشتري ، من حيث ان التراضي مـــن شروط صحة المعاوضة ، والتراضي الحاصل منهما مع وجود أحد هذه العوارض مساوب

الاثر بنظر الشارع ، فيكون المسوغ لبقاء كل من المتعاقدين على صفة الاهلية، هو عدم حصول العقد منها والحالة هذه ، لان العقد المؤثر بنظر الشارع هو الكاشف عن رضا الطرفين بالمعاوضة ، واذا طرأ على احدهما ما يمنع من الاعتداد برضاه كما هو المفروض فلا يكون العقد الحاصل بينهما موضوعا للأثار الشرعية ولم يفرق الشيخ الانصاري وجماعة من الفقهاء بين عوارض الاهلية بجميع صورها واشترط بقاء كل من المتعاقدين سليما منها الى ان يستكمل العقد جميع اركانه ومقومات وجوده .

وقال السيد كاظم في حاشية المكاسب : ان عدم صدق العقد بطرو هـــذه العوارض انما يتصور في مثل النوم والاغماء والجنون ، اما لو طرأ السفه او الفلس او الاسترقاق على احدهما قبل تمام العقد ، فالمعاملة تتم ولو مع طرو هذه الحالات ولكن نفوذها يتوقف على اجازة الولي بالنسبة للسفيه، وصاحب الحق في المال بالنسبة الى المفلس والمولى بالنسبة الى العبد لأن المانع من نفوذ التصرفات بالمال في مثل هذه الحالات انما هو لأجل المحافظة على حق المالك، لا لقصور في المتعاقدين عن قابلية التعاقد كما هو الحال بالنسبة الى الجنون والنوم والاغماء، ولذا فان الشارع قد الغى انشاءهم واعتبره بمنزلة العدم (١) .

ويطرد اعتبار هذا الشرط في جميع العقود ، لان التعاقد مع الغير لا بد فيه من ان يكون كل من المتعاقدين ملتفتا وقاصدا لما يلتزمه للطرف الآخر والقصد الى التعاقد لا يتحقق من العاقل الرشيد مع من هو كالجدار كما هو الحال في النائم والمغمى عليه والمجنون ونحو ذلك ، والظاهر انه لم يشذ عن هذا المبدأ الا مسألة قبول الموصى له بعد موت الموصي ، حيث انه من المتفق عليه بـــين الفقهاء الجعفريين، انه لا يشترط في صحة الوصية ان يقع قبول الموصى له في حياة الموصي ولو وقع في حياته فقد نص جماعة على انه لا بد من تجديده بعد موت الموصي ،

(١) انظر حاشية السيد كاظم ونهج الفقاهة للسيد الحكيم .

ورجح اكثرهم على ان الموصى له اذامات قبل القبول ينتقل الحق في قبول الوصية لوارثه اعتمادا على رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر (ع) وقد جـاء فيها : ان امير المؤمنين عليا (ع) : قضي في رجل اوصى لأخر والموصى له غائب وقد توفي قبل الموصي ، ان الوصية لوارث الذي اوصي له ان يرجع في وصيته قبل موته (١) .

ومقتضى ذلك ان الإيجاب الصادر من الموصي لا يسقـط بموته ، أو بموت الموصى له قبل القبول ، ولكن ثبوت ذلك في الوصية لا يصلح ان يكون تخصيصاً للقاعدة العامة الثابتة في العقود ، التي هي عبارة عن بقاء المتقاعدين أهلًا للتعاقـد لبينما يتم العقد ، ذلك لأن حقيقة الوصية إلى الغير ، هي الإيصاء اليه بتنفيذ شؤونه بعد موته ، والوصية بهذا المعنى أشبه بالايقاعات منها بالعقود ، كما وان الوصيـة التمليكية عبارة عن تمليك المال إلى الغير بعد موت مالكه ، ولا بد من القبول فيها من جهة ان ادخال شيء من المال في ملك شخص بدون رضاه يلزمه التسلط على الغير ، ولم يجعل الله لأحد سبيلًا على غيره ، فالوصية التمليكية بواقعها وسط بين العقد والإيقاع ، فهي من حيث توقفها على رضا الموصى له وقبوله تشبـه العقود ، ومن حيث انها عبارة عن تمليك الغـير بعد الموت ، ولا تتضمن معنى المعاقدة والمعاهدة على التمليك ، فهي من هذه الناحية تشبه الايقاعات كالطـلاق والعتق ونحوهما (٢) .

والظاهر اتفاق المذاهب الأربعة على هذا الشرط ، لأنهم يعتبرون سلامـة المتعاقدين من الجنون والاغماء والنوم شرطاً في صحة العقد،وسلامتهما من العوارض الأخرى شرط في لزومه .

وقد نص الشافعية على ان من شروط صحة العقد استمرار أهليـة المتعاقدين

---

(١) انظر بلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم كتاب الوصية ص ٣٦٣ و ٣٦٥ .
(٢) انظر حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الاصفهاني .

إلى أن يتم القبول ، فلو قال البائع للمشتري بعتك العقار بكذا مثلاً ثم عرض عليه الجنون قبل أن يقبل المشتري يبطل العقد (١) .

وقال الدكتور محمد يوسف : وقد يحدث ان لا يبقى الموجب أهلاً للتعاقد بعد إيجابه كما لو جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر فهل يبقى إيجابه قائماً والحال هذه ؟ في الفقه ان إيجابه يبطل حينئذ ، فلو قبل الطرف الآخر لا يتم العقد، لان قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، حيث ان ذلك الايجاب قد ذهب بخروج صاحبه عن أهلية انشاء العقد ، وأضاف إلى ذلك : ان في ابطال هذا الايجاب تضييعاً لحق الغير وهو الطرف الآخر ، فلماذا لا يعتبر موجوداً حكماً حتى إذا قبل من وجه إليه يتم العقد ؟

واستطرد يقول : ومما يجب ان نلاحظه هنا ان الجاري في مذهب مالك ان الموجب لو عدل عن إيجابه قبل تعبير الطرف الآخر عن إرادته لم يعتبر رجوعه ، وكان لصاحبه القبول لو أراد لتعلق حقه بإيجاب الأول ، ومن باب اولى على ما نرى ان يعتبر ايجاب من خرج عن الاهلية قائماً ، فانه قد نتأكد في حالة الرجوع ان الموجب لا يريد انشاء العقد ، على حين ان في حالة فقدان الاهليــة لا نتأكد من ذلك ، والراجح بحكم الاستصحاب انه سيبقى مصراً على ايجـــابه لو بقي على أهليته (٢) .

ويلاحظ ان الدكتور محمد يوسف يعتمد على الاستحسان في توجيهه لبقـــاء الايجاب بعد خروج الموجب عن أهلية التعاقد ويقدم مصلحة الطرف الآخر في هذه الحالة ، وقد فاته ان انشاء الايجاب من طرف المالك بمجرده لا يؤثر النقل ولا التمليك ما لم ينضم إليه الجزء الآخر من الانشاء ، لان التمليك المقصود من العقد لا يحصل إلا بعد تمامه من الطرفين ، فاذا فقد أحدهما أهليـــة التصرف

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة جزء ٢ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٨ .

والمعاوضة يسقط انشائه عن الاعتبار ، ولم يعد صالحاً للتأثير فيما لو انضم إليـــه الجزء الآخر ، على ان التعاقد إنما يتم بالقبول كما ذكرنا ، ولا يتحقق القصد مــن المشتري لإنشاء التمليك في حالة خروج الموجب عن أهلية التعاقد .

وقد أكد وحيد الدين سوار : ان جمهور فقهاء السنة يشترطون لصحة القبول بقاء الموجب والقابل حائزين على شرائط الأهلية إلى ان يتم العقد ، ولم يشذ عنهم إلا فقهاء المذهب الأباضي من الخوارج ، فقد جاء عنهم : ان الإيجاب إذا صدر من البائع ومات أو عرض عليه الجنون قبل القبول من المشتري يستقل الإيجاب وتبقى له آثاره فيما إذا انضم إليه القبول من طرف المشتري ، وقد أورد بعض النصوص الفقهية لمشاهير الفقهاء التي تؤكد بطلانه إذا فقد أحد المتعاقدين أهليـــة التصرف بأمواله قبل تمام العقد ، وأضاف إلى ذلك : ان قانون الأحوال الشخصية السوري قد تبنى الرأي الشائع بين الفقهاء ، ونصت المادة ١١ منه على بطلان الإيجاب إذا فقد الموجب أهليته قبل القبول ، أو حصل منه ما يدل على اعراضه عن العقد (١) .

وقال السنهوري: ان سقوط الايجاب بموت الموجب أو جنونه معمول عليه في القانون المدني العراقي ، ولكن القانون المصري بقي متمسكاً بالايجـاب الصادر من الموجب مهما طرأ عليه أو على القابل بعد ذلك ، وقد جاء في المادة ٩٢ مــن القانون المدني المصري : انه إذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقـــد أهليته قبل ان ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بمن وجه إليه (٢) .

وقال الدكتور مرقس : ان القانون المدني بعد ان أثار اعتراضاً شديداً رؤي

---

(١) التعبير عن الارادة لوحيد الدين سوار ص ١٠٩ و ١١٠ .
(٢) مصادر الحق ص ١٣ .

قصره على حالة ما لو مات من أصدر التعبير أو فقد أهليته ، دون ما لو مــات الموجه إليه أو فقد أهليته ، وأصبح النص النهائي للقانون المدني ، انه إذا مـات من وجه التعبير أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى علمه سقط التعبير ولم ينتج أثره ، وإذا مات الموجه إليه التعبير أو فقد أهليته بعد وصول التعبير إلى علمه ، فان كان التعبير قبولاً أنتج أثره وانعقد به العقد قبل موت الموجب ، وإذا كان إيجاباً أنتج أثره وكان لورثة الموجه إليه إذا علم بالايجاب ومات قبل القبول ان يقبلوا التعاقد ، ونص السنهوري في الوسيط ان هذا التفصيل كان نتيجة لاقتراح لم توافق عليه لجنة القانون المدني ، لان التعبير عن الارادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز اهدارها بسبب حادث طارىء وهو موت من صدر منه هـذا التعبير أو فقد أهليته من غير فرق بين طرو هذه العوارض على من صدر منــه التعبير وبين طروها على من وجه إليه (١) .

*
* *

(١) انظر نظرية العقد ص ١١٧ والوسيط ص ١٨٦ حاشية رقم ١ .

الفصل الثالث في المتعاقدين

الارادة وأثرها في العقود

١٩

هذا العنوان لم يرد في الفقة الجعفري ولا في فقة المذاهب الاسلاميه الأخرى وقد اعتبر الجعفريون في فقهم قصد المتعاقدين لمدلول العقد من الشرائط التي لا بد منها في صحة المعاملة والمراد من قصد المتعاقدين ان المعنى الذي تـدل عليه صيغة العقد المؤلف من ايجاب البائع وقبول المشتري هذا المعنى لا بد وان يكون مراد الكل منهما ومقصوداً من قبل الطرفين، لذلك اخترنا هذا العنوان لهذه المسألة .

ويجمل القول فيها . ان ارادة المتعاقدين اي كون المعنى المدلول عليه بالصيغة مراداً ومقصودا منها من الأمور الخفية القائمة بالنفس، فلا بد لها من مظهر وكاشف بأحـد الوسائل المتعارفة لتأدية المعاني والقائها الى المخاطبين كالالفاظ والكتابة والإشارة وغير ذلك من وسائل البيان والإظهار ، ومعلوم ان الارادة الحقيقية من العناصر الاولية التي لا بد من احرازها اولاً وقبل كل شيء لترتيب الأثار على العقود وغيرها مـن انواع المعاملات والكلام ، ولكن الارادة القائمة في نفس المتعاقدين لما كانت من الأمور التي يعسر الإطلاع عليها بدون مظهر لها . فقد اعتبر الشرع والقانون طريقة العرف والعقلاء الجارية بينهم على الاعتاد على الألفاظ وغيرها من الوسائل الكاشفة عن مراد المتكلم ، وعلى هذا الأساس يجري التفاهم

بين الناس وتنجلي المقاصد والأغراض وتنشأ العقود وتتم الإتفاقات ، وتؤخذ الأحكام من مصادرها ، وقد بحث الأصوليون هذه المسألة في كتب الاصول بحثاً وافياً يحيط بجميع جوانبها ، ومن ذلك تبين ان ارادة المتعاقدين ما دامت قائمة بالنفس لا يترتب عليها شيء من الأثار ، ولا تكون موضوعا لحكم من اي نوع كان الا بعد التعبير عنها بوسيلة من الوسائل المتعارفة بين الناس في التعبير عن الارادة وتمهيدا لهذه الحقيقة لا بد من الاشارة الى الأمور التالية .

الأول : ان المتكلم قد يصدر منه اللفظ من غير ان يكون قاصداً مختاراً في ذلك ، كما لو صدر منه غفلة او غلطاً وسهواً ونحو ذلك .

الثاني : ان يصدر منه عن قصد واختيار مع الجهل بالمعنى الموضوع له ذلك اللفظ ، ولا يلزم من ذلك دلالة اللفظ على معناه في هذه الحالة ، ذلك لأن دلالة اللفظ على معناه من خصائص نفس اللفظ ،ولا تتوقف على ارادة المتكلم له او فهمه لذلك المعنى، والذي يتوقف على فهم المعنى هو استعمال اللفظ في المعنى ، لأن حقيقة الاستعمال هو القاء المعنى بالالفاظ من غير ان يكون منظورا اليه لذاته .

الثالث: ان يكون اللفظ والمعنى مقصودين للمتكلم، ويصدر اللفظ منه بقصد الحكاية عن تحقق المعنى في الخارج أو الذهن ، أو بقصد ايجاد المعنى المقصود من الألفاظ بنحو يكون الاستعمال بهذا القصد ، فإذا صدر الكلام بدون قصد إليه كما في كلام النائم والمجنون والصبي الصغير ، ففي هذه الحالة يكون بحكم المهملات التي لا تصلح لأن تستعمل في شيء ، على ان كلام النائم والمجنون والصغير ليس محلًا للآثار الشرعية ، فكما لا يصح العقد من هؤلاء لا يصح منهم الطلاق والعتق والابراء والإقرار وغير ذلك ، قال في الجواهر : لا يصح طلاق المجنون والسكران ومن زال عقله باغماء أو نوم أو شرب مرقد ، لعدم القصد الذي لا بد منه في ترتيب الآثار ، بالاضافة إلى النصوص الكثيرة التي تصرح بأنه لا طلاق

لهم (١) .

وقد فصل فقهاء السنة بالنسبة إلى السكران بين ان يسكر لعذر شرعي وبين ان يسكر تشهياً، فان كان تشهياً وبلا مسوغ شرعي ، فتصح منه جميع التصرفات كالطلاق والبيع والاجارة واليمين والنكاح وغير ذلك تأديباً له وعقوبة على جريمته ، ولم يخالف بذلك سوى البعض من فقهاء المالكية والحنابلة وعليه العمل في المحاكم المصرية ، وان كان السكر لسبب مسوغ لشرب المسكر فلا تصح تصرفاته في هذه الحالة (٢) .

وإذا صدرت الالفاظ من المتكلم عن قصد واختيار من غير ان يكون عارفاً بمعانيها بأن لقنها شخص لآخر وأنشأها الثاني جاهلاً بمعانيها ، كما لو قال بعت أو أجرت ووقفت وهو لا يعرف مداليل هذه الألفاظ ، فلا تكون في هذه الحالة موضوعاً للآثار التي رتبها الشارع على العقود والايقاعات ، ولا بد في الألفاظ الكاشفة عن المقاصد والأغراض ان تكون مقصودة وان يكون المتكلم عارفاً بمعانيها ، وان يقصد مداليل تلك الألفاظ على سبيل الحكاية أو الايجاد ، بحيث يكون الدافع له على استعمال اللفظ في المعنى الحكاية عن وجود مدلوله في موطنه من ذهن أو خارج ، أو بقصد ايجاد المعنى المقصود من بعت وقبلت مثلاً ، وهو النقل والانتقال، باعتبار ان هذا اللفظ ونحوه قد أصبح آلة وطريقاً لإنشاء المبادلة بين الأموال ، فلو لم يقصد المنشأ ذلك بأن كان هازلاً أو لاغياً لا يترتب الأثر الشرعي على الالفاظ ولو كان المتكلم عارفاً بمعانيها وقاصداً للتلفظ بها .

قال الشيخ مرتضى في المكاسب : ومن جملة الشروط قصدهما لمدلول العقد الذي تلفظا به ، واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقود بل في تحقق مفهوم العقد مما لا خلاف ولا اشكال فيه ، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في

---

(١) انظر الجواهر كتاب الطلاق .

(٢) انظر احكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٧٦ .

الغالط ، أو إلى المعنى ، بل لا بد بالاضافة إليهما من كون ذلك المعنى مقصوداً أو مراداً للعاقد ، ومجرد ايجاد المعنى باللفظ لا يكفي في صدق العقد .

وقد فصل بعض فقهاء السنة فيما لو تخلفت الارادة المبرزة باللفظ عن الارادة الباطنية بين طلاق الهازل وبقية عقوده فحكموا بصحة الطلاق الصادر منه هزلاً وبدون قصد ، وفساد جميع عقوده والحق بعضهم النكاح بالطلاق .

قال في اعلام الموقعين : فأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه كما جاء به النص (١) وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين ، وحكاه أبو حفص أيضاً عن أحمد وهو قول أصحابه وطائفة من أصحاب الشافعي على ان طلاق الهازل يصح دون نكاحه ، ومذهب مالك الذي عليه العمل بين أصحابه . ان هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع ، وقال أبو الخطاب في انتصاره : يصح بيعه وطلاقه ، ومن قال بصحته فقد قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة ، وقد علل ذلك في اعلام الموقعين بأن الهازل قد أتى بالكلام غير ملتزم بحكمه ، وترتيب الاحكام على الاسباب يعود للشارع لا للعاقد، فاذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى (٢) .

وجاء في الفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام : ان بعض المالكية لا يرتبون أثراً على عقود الهازل وجميع ايقاعاته سواء تعلق بها حق الله او حق عباده (٣)

وقال الاستاذ محمد يوسف : إذا لم تتفق الارادة الظاهرية مع الارادة الحقيقية

---

(١) المراد من النص الذي أشار اليه ما جاء عن ابي الدرداء : ثلاثة لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح ، وجاء عن ابن مسعود كما في رواية ابي حفص : النكاح جده ولعبه سواء .

(٢) انظر اعلام الموقعين جلد ٣ ص ١٣٦ .

(٣) التعبير عن الارادة ص ٣٩٥ .

للمتعاقدين كما لو اتفقا في عقد النكاح على مهر سر أو عقدا على أكثر منه جهرة ، لا يجب أكثر من المهر السري المتفق عليه ، ولا يبطل عقد النكاح في المقام لان الهزل بالمهر دون العقد ، على انه لو كان في العقد نفسه لما أبطله لان فيه حق الله ، فلا يؤثر فيه الهزل عند الجميع، وأضاف إلى ذلك : ان الاحناف والحنابلة وبعض المالكية لا يرون الهزل في الطلاق والزواج والرجعة والعتــاق واليمن مبطلاً ، وان الهزل والجد فيها سواء (١) .

وقال الاستاذ وحيد الدين سوار : ان الفقهاء المسلمين وقفوا من العقودالصورية مواقف ثلاثة فمنهم من ذهب إلى صحتها معتداً بارادة المتعاقدين الظاهرية ، ومنهم من ذهب إلى بطلانها معولاً على ارادتها الباطنية، ومنهم من توسط الامرين فذهب إلى فسادها .

والذين ذهبوا إلى تصحيح العقد الصوري كل من الشافعي في قوله الاصح ، وأبو حنيفة كما نص على ذلك ابن قدامة في المجلد الرابع ص ٢١٤ من المغني (٢) ، وأبو الخطاب من الحنابلة ، والدرديري من المالكية ، وقد سلك كل واحد من هؤلاء مسلكاً في البحث الموصل لهذه النتيجة ، فمنهم من صححهــا تحيزاً للارادة الظاهرة التي تنعكس بالالفاظ ، ومنهم من استند في تصحيحه للعقد الصوري على قياس الاتفاق السابق على العقد على الشرط الفاسد المتقدم على العقد ، فكما يلغوا الشرط إذا وقع العقد خاليــاً عنه ، فكذلك الاتفاق السابق المعبر عن الارادة الباطنية للمتعاقدين يقع لغواً ويصح العقد وان لم يكن معبراً عن ارادتها ، والمراد من العقد الصوري الوارد في فقه المذاهب الاربعة ، هو أن يتفق المتعاقدان على ان العقد الذي سيقع منها لغو لا يعبر عن ارادتها ، ويقع بينهما العقد صورة ،

---

(١) المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٤٨ عن المغني لابن قدامة .

(١) ولكن الدكتور محمد يوسف موسى لم يقر ابن قدامة على هذه النسبة ، وأورد نصوصاً للمذهب الحنفي مفادها ان الأحناف يقولون ببطلان العقد الصوري انظر في ذلك التعبير عــن الارادة ص ٢٩٨ .

وهذا النوع من العقود هو المعروف بعقود التلجئة باعتبار ان الطرفان يلجئان إلى التفاهم السابق منهما على صورية العقد (١) .

وجاء في النص الفقهي للشيرازي احد فقهاء الشافعية : وصورة بيع التلجئة ان يتفق المتعاقدان على ان يظهرا العقد لسبب من الاسباب ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار ، فاذا عقداه انعقد عندنا ويبطل الاتفاق السابق ، وكذا لو اتفقا على ان البيع بألف وعقداه بألفين ، وجاء في البدائع والمغني لابن قدامة عن أبي حنيفة ان هذا النوع من البيوعات صحيح كغيره من العقود المقصودة للمتعـــاقدين ، لأن ما شرطاه في السر لم ينصا عليه في العلانية، والآثار الشرعية امرها بيد الشارع فله ان يلزم بها المتعاقدين ولو لم تكن مقصودة لهما (٢) .

وقد أوردنا بعض النصوص الفقهية للمالكية والحنابلة التي تصرح بصحة طلاق الهازل ونكاحه وبعض عقوده .

وجاء في التعبير عن الارادة لوحيد الدين سوار : ان كلا من مالك واحمد بن حنبل والشافعي في أحد قوليه لا يعتدون بالارادة الظـــاهرة في العقود الصورية ويرونها باطلة،وقد نقلنا بعض النصوص الفقهية كما أوردها ابن القيم وغيره وهي تصرح بصحتها في النكاح والطلاق دون البيع ، كما نقلنا عن الاحناف بالنسبة إلى البيع ما يشير إلى صحته كبيع التلجئة ونحوه ، ومهما كان الحال فالذي يصح نسبته إلى الأحناف بمجموعهم انهم سلكوا طريقاً وسطاً بين القائلين بالبطلان والقـائلين بالصحة ، وذلك انهم يدعون ان العقد يتصف بالبطلان والفساد والصحة ، فيكون صحيحاً إذا كان صـــالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه كما اذا تكون من إيجاب وقبول بشروطهما من حيث تطابقهما وصدورهما في مجلس واحد على محل ممكن

---

(١) انظر التعبير عن الارادة ص ٣٩٦ وما بعدها .
(٢) المصدر السابق ص ٣٩٨ وما بعدها .

الوجود ومعين يقبل المعاوضة بنظر الشارع ، بشرط ان يكون المتعاقدان صالحين للتصرف غير مكرهين ولا هازلين إلى غير ذلك من الشروط الراجعة إلى العاقدين والعوضين ، ويكون باطلًا إذا اختل ركن من اركان العقد كما لو صدر ممن ليس له اهلية التصرف كالصبي الصغير والمجنون ، او كان محله مقترناً بالجهالة او الغرر ، او كان مما الغى الشارع ماليته بنحو لم يعد صالحاً للمعاوضة ، ويكون فاسداً اذا وجدت اركانه ومحله وتحقق معناه ، كما لو باع شخص داره او كتابه إلى غيره بثمن مؤجل الى وقت مسيرته ، فقد أنشأ البائع عقداً توافرت فيه اركانه من الايجاب والقبول الصادرين من أهلها على المحل المعين الصالح للمعاوضة ، ولكن حيث اقترن البيع بوصف منهي عنه وهو التأجيل إلى أمد مجهول ، وكان ذلك مؤدياً إلى النزاع والتخاصم لم يكن العقد صحيحاً بتمام مراتب الصحة ولا باطلًا من الأساس ، لأن النهي لم يتجه إلى العقد من أساسه بل اتجه إلى صفة مقترنة بالعقد ليست دخيلة في أركانه وأجزائه ، فالعقد الفاسد ليس باطلًا من الاساس ولا محققاً لتمام رغبة المتعاقدين .

ومجمل القول ان للعقد عندهم لحاظين ، فمرة يلاحظ من حيث اصله وأخرى من حيث وصفه ، فاصله هو ما يتكون منه كالايجاب والقبول بشروطهما وكونهما صادرين ممن له أهلية التصرف ، بدون جبر او اكراه ، ولحاظه من حيث وصفه ، بأن لا يكون ثمة ضرر في تسليم العوضين خالياً من الغرر والربا والشروط الفاسدة ونحو ذلك ، فاذا اختل ركن من أركانه او شرط من شرائطه انهار العقد من أساسه ، وإذا اختل وصف من أوصافه ، كما لو كان ضررياً أو غررياً او اقترن ببعض الشروط الفاسدة يكون العقد فاسداً ، والفرق بين الباطل والفاسد ، ان العقد الباطل فاسد من أساسه ، لا يصلح أن يكون موضوعاً لأي أثر من الاثار الصحيحة ، والفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وتلحقه الاجازة والرضا وتترتب عليه بعض الآثار المقصودة للمتعاقدين .

ومن خصائصه انه قبل القبض لا أثر له من جميع وجوهه ، ولكل من

المتعاقدين ان يتمسك بفسخه ، ولا تثبت فيه الشفعـــة ولا ينتقل به الملك ، وله وجود شرعي بالاضافة إلى وجوده المادي ، ولولا وجوده لما كانت الحاجة داعية لفسخه ، ولكن وجوده ضعيف ولا سيا قبل قبض المبيع ، فاذا تمّ القبض بإذن البائع يقوى وجوده لأن العاقدين قد أكدّا نيتهما على تنفيذه بالرغم من فساده ، على ان هذا التنفيذ لا يعتبر اجازة للعقد ، ويبقى لكل منهما حق الفسخ ، إلا إذا كان فساده لوجود شرط فاسد فيه وزال المفسد بتراضيهما ، وأضاف وحيد الدين سوار إلى ذلك : ان العقد الفاسد من أسباب الملك في الجملة ولكنه ملك من نوع خـــاص ليس كالملك الذي يترتب على العقد الصحيح ، ملك يجوز لكل منهما التراجع فيه بفسخ العقد ، مضمون بالقيمة لا بالثمن ، يفيد اباحـــة التصرف بالعوضين ، وتبدو ثمرة هذه الملكية بوجه خاص عندمـا يتصرف المشتري بالمبيع الى شخص آخر حيث ينفذ تصرف المشتري في حق البائع ، ويبدو أيضاً في حـالة تغير المبيع في يد المشتري بالشراء الفاسد ، إذ يترتب على هذا التغير حماية المشتري نفسه وثبات ملكيته واستقرارها بعد ان كانت مزعزعة مهددة بالفسخ (١)

ومهما كان الحال فالذي يدعيه الأحناف ان العقود الصورية بجميـع أشكالهـا من العقود الفاسدة لأن العقد تام بجميـع أركانه وشروطه ، ولم يفقد إلا الارادة الباطنة ، وهي رغبة المتعاقدين وقصدهما إلى المعاوضة بين ماليهما ، فان رضيا بعد ذلك بالعقد انقلب صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضاء والرغبة لوجود الهزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة في احكام العقد (٢) .

ومن الموارد التي تتخلف فيها الصيغة عن الارادة الخطأ الواقع من العاقد في مقام التعبير عن ارادته ، وقد عرفه صدر الشريعة في متن التنقيح . بأن يفعل

(١) انظر مصادر الحق جزء ٤ ص ١٨٧ واحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص١٢٨ و١٢٩ و ١٣٠ و١٣٢ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد ابي زهرة صفحة ١٩٢ واحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف صفحة ٢٢٥ و٢٢٦ .

فعلًا او يتكلم بكلام من غير ان يكون قاصدا له ، وعرفه السنهوري في مصادر الحق . بأنه مغايرة التعبير الذي صدر منه للتعبير الموافق لارادته ، وعرفه آخرون بما هو قريب من ذلك ، والمعنى المتحصل من تعاريفهم ، بأنه عبـــارة عن تخلف الصيغة عن المعنى المراد انشائه بالعقد غلطاً منه ، وقد مثلوا له بما لو قال انسان لزوجته اسقني الماء فغلط وقال لها انت طالق : وبما لو قال الأب للخاطب زوجتك ابنتي رنا ، وهو يقصد ابنته ندا ، وفي المثـــالين لا يمنع هذا الغلط مـن وقوع الطلاق في المثال الاول وصحة النكاح في الثاني عند الاحناف ، وجاء في البدائع : ان العمد ليس بشرط ، أعني يجوز نكاح الخاطىء وهو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصد ، لأن الثابت بالخطأ ليس إلا القصد وهو ليس بشرط لصحة النكاح ، بدليل صحة نكاح الهازل .

ومن أمثلة الغلط ما لو توجه الغلط على محل العقد ، كما لو كان لشخص بنتان وأراد تزويج الكبرى منهما فأوقع العقد على الصغرى صح العقد بالنسبة لها ، وكما لو قال انسان لآخر : زوج بنتك لابني ، فقال زوجتك قاصداً ابنه ، فاذا قبل الأب يصح النكاح له دون الابن ، ولو طلقهـا الأب لا تصح لولده لان معقودة الأب تحرم مؤبداً على أولاده ، ومن أمثلة ذلك: ما لو قال زوجتك ابني لإبنتك فقبل الأب يصح له دون الابن كما جاء في الدر المختار ، لاسناد الضمير اليه ، (١) ويبدو ان الاحناف يعتدون بيمين الخاطىء والهازل كما نص على ذلك في البدائع، وبالنسبة إلى العتق ، فقد روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة انه لا يصح منه إذا وقع غلطاً ، وروى عنه أبو يوسف انه يصح كالطلاق .

أما الغلط في العقود كالبيـع ونحوه ، فلو ادعاه أحدهما وصدقه الطرف الآخر، فقد اختلفت آراء الاحناف في ذلك ، فرجح بعضهم قياسه على عقد المكره بمعنى

---

(١) الدر المختار ح ٢ صفحة ٢٨٢ و٢٨٣ كما جاء في التعبير عن الارادة لوحيد الدين سوار صفحة ٤٢٧ .

(٢) المصدر السابق صفحة ٤٣٠ و ٤٢٩ .

انه ينعقد ولا ينفذ ، كما نص على ذلك البزدوي ومنلا خسرو ، فيكون العقد فاسداً لفوات الرضا ووجود الاختيار فيه ، كالمكره لأن التلفظ به ليس من لوازم الطبيعة ، بل هو نتيجة حركة اختيارية ، كما نص على ذلك في كشف الاسرار ج ٤ ص ٣٨١ ، وفي مرآة الاصول ص ٣٥٨ (١) .

وذهب آخرون من الاحناف إلى قياسه على عقد الهازل بمعنى انه يكون فاسداً مثله وأسوأ حالاً منه لأن المخطىء ليس بقاصد للفظ ولا لحكمه ، ومع ذلك فهو ملحق به في الحكم فلا ينتقل المبيع إليه بالقبض كالهازل ومثلوا لذلك بما لو أراد ان يقول : سبحان الله فجرى على لسانه بعت هذا منك بألف وقبل الطرف الآخر (٢) .

وهناك رأي ثالث اختاره جماعة ومنهم الاستاذ علي الخفيف ، وهو بطلان عقد الخاطىء لأن الخاطىء لا إرادة له ، وهو مغلوب على أمره في انحرافه عن التعبير المقصود إلى غيره (٣) .

وذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري إلى عدم الإعتداد بعبارة الخاطىء عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ ، كما تنص على ذلك كتب الأحناف (٤) .

وأكد ابن القيم الفقيه الحنبلي وجوب الأخذ بالارادة الباطنة وعدم جواز التعويل على الصيغة الصادرة خطأ ، وقال في اعلام الموقعين : ان فعل الناسي

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر صفحة ٤٣٥ من التعبير عن الارادة .

(٣) انظر احكام المعاملات الشرعية صفحة ٢٢١ .

(٤) انظر التعبير عن الارادة ، حيث نقل ذلك عن التقدير والتحبير ، وكشف الأسرار والبدائع ، ولكن النصوص التي اوردها وحيد الدين سوار عن الشوافع صريحة في وجوب العمل بالارادة الظاهرة في التصرفات في صورة الخطأ في التعبير انظر صفحة ٤٣٨ من الكتاب المذكور.

والمخطىء بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف ، وقد رتب الله الاحكام على الالفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم وإرادته ، فإذا تيقنا انه قصد الكلام ولم يقصد المعاني، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده، وعندما نعلم ان المعنى لم يكن مقصوداً له لم يجز ان نجعل اللفظ دليلاً على ما تيقنا خلافه (١) .

وجاء في المحلى لابن حزم الظاهري : ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت بينة قضي عليه بالطلاق ، وان لم تقم عليه بينة لم يلزمه الطلاق ، برهان ذلك قول الله عز وجل : ليس عليكم جناح فيما أخطأتم ولكن ما تعمدت قلوبكم ، وقول الرسول (ص) انما الاعمال بالنيات ، ولكل امرىء ما نوى .

وقد فصل الدكتور محمد يوسف بين ما لو كان مرجع الغلط إلى اختلاف جنس المبيع مثلاً وبين ما لو كان مرجعه إلى اختلاف وصفه ، وجزم ببطلان العقد في الاول وصحته في الثاني مع ثبوت الخيار للمشتري في الفسخ ، ومثل لذلك بما لو اشترى رجل داراً على انها مبنية بالاسمنت المسلح فتبين انها مبنية بالحجارة والخشب ، وعد ذلك من نوع الغلط في الجنس وحكم ببطلان العقد من أساسه لفوات المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري ، ومثل للثاني بما لو باع انسان حيواناً على انه ذكر فبان انثى ، فالعقد في مثل ذلك صحيح وللمشتري الخيار في فسخ العقد ، لانه لم يقدم عليه إلا لانه ذكر وقد فاته هذا الوصف ، هذا بالنسبة إلى العقود التي يدخلها الخيار كالبيع وغيره ، اما العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح مثلاً ، فانه يقع لازماً إلا عند أحمد بن حنبل فقد جوز الفسخ للطرف الثاني ، ومن أمثلة ذلك ما لو تزوجت فتاة شاباً على ان أتم تعليمة العالي وليس به ما يخل بالخلق والكرامة ، فبان لها بعد العقد خلاف ذلك ، أو تزوج الشاب فتاة

---

(١) انظر اعلام الموقعين ح ٤ صفحة ٧٢ .

على انها بكر فبانت ثيباً (١) .

ويسمي الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق : الغلط في الجنس والغلط مع التفاوت الفاحش ولو كان الجنس واحداً هذان النوعان من الغلط يسميها بالغلط المانع ، ويقصد من هذه التسمية ان هذين النوعين من الغلط يمنعان من صحة العقد،ويمثل لذلك بمن باع ياقوتاً أو ماساً فتبين للمشتري بعد ذلك انه زجاج، فيبطل العقد في مثل ذلك لانعدام المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري ، اما إذا اتحد الجنس واختلف الوصف ، وكان التفاوت بين فاقد الوصف وواجده يسيراً ، فإن البيع يتم بينهما ويقع صحيحاً ، وللمشتري الخيار بين الإلتزام بالعقد وبين فسخه ، ومن أمثلة ذلك ما لو باع ياقوتاً أحمر فبان انه أصفر، أو عبداً كاتباً فتبين انه فاقد لهذه الصفة ، فمحل العقد موجود لم يتخلف منه إلا الصفة المرغوبة للمشتري ، فإذا ثبت له الحق في فسخ العقد والتحلل منه يتمكن من تدارك الغبن اللاحق به بسبب فسخ العقد واسترجاع ماله ، وأضاف إلى ذلك ان المعيار في كون الغلط مؤثراً في صحة العقد،هو ما لو كان جوهرياً يبلغ بنظر المتعاقدين حداً انهما يمتنعان عن إبرام العقد لو كانا على بينة من الأمر قبلها ، وقد نصت المادة ١٢٠ من القانون المدني الحديث على ان للمتعاقد إبطال العقد إذا كان الغلط جوهرياً (٢) .

ومجمل القول : ان الفقه الجعفري لا يقدس الألفاظ كما يتهمه بعض المؤلفين في العقود ، ولا ينظر إليها لذاتها ، ويعتمد على إرادة المتعاقدين ويبالغ في احترامها ، ولكنها لما كانت من الأمور الخفية التي لا بد لها من مظهر ، وكانت

---

١ - انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٤٠٣ و ٤٠٤ .

٢ - انظر مصادر الحق ج ٢ ص ١١٢ الى ١١٧و ص ١٠٦ ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٤٨ .

الألفاظ هي السبيل الأفضل الحاكي عما في النفس ، لذلك رتب عليهـا الشارع الآثار واعتبرها في مختلف المواضيـع بصفتها معبرة عن إرادة المتكلم وكاشفة عن أغراضه ومقاصده ، إلا إذا تبين ان المتكلم لم يأت بها لهذه الغاية ، كما لو صدرت منه خطأ أو على سبيل اللغو والهزل ، ففي مثل هذه الحالات تسقط قيمة الألفاظ ولا يكون لها اي أثر عند الشارع من غير فرق بين العقود بجميـع أنواعهـا والإيقاعات على اختلافها ، وعلى هذا الاساس ، كان عقد السكران والهـازل والمخطىء والنائم والمجنون ونحو ذلك ممن يتكلم بالالفـاظ من غير قصد لها ولا لمعانيها ليست موضوعاً للآثار الشرعية دنيوية كانت او أخروية ، ولا يمكن ان ان يطرأ عليها بعد ذلك ما يجعلها في مصاف العقود الصحيحة ما دامت حـين صدورها فاقدة للعنصر الاساسي الذي لا بد من توفره حين انشاء العقد للتعبير عما في النفس .

اما أقسام الخطأ التي ذكرها السنهوري وغيره والتي عدد فيها الغلط في القيمة أو الباعث ، هذه الاصناف من الغلط لا توجب بطلان العقد عند الفقهاء الجعفريين لوجود القصد في هذه العقود إلى الالفاظ ومعانيها ووقوعها بقصد المبادلة بـين المالين ، والغلط الحاصل منهما قد نشأ عن جهل البائع أو المشتري في هذه الموارد، هذا النوع من الغلط الناشيء عن الجهل يجعل العقـد قابلاً للابطال ، بمعنى ان المشتري الغالط او البائع لو فرض كون الغلط من جانبه ، يحق لهما ان يفسخا العقد ليتداركا ما يلحقهما من الحيف والضرر المترتبين على هذه المعاوضة، ويلتقون بذلك مع الفقه المدني ، فان المادة التي أشرنا إليها تنص على ان العاقد الذي وقع في الغلط له ان يبطل العقد ويتحلل منه ، اما إذا كان الغلط في التعبير، كما لو قال الأب للخاطب زوجتك ابنتي زينب ، وهو يريد غيرها ، وقبل منه الزوج مع العلم بأن المراد ابنته الثانية هذا النوع من الغلط وأمثاله مفسد للعقد لعدم كون المعنى مقصوداً للمتعاقدين ، والقصد من الشروط التي لا يمكن تجريد العقود منهـا ،

والكلام بعينه يجري بالنسبة إلى الايقاعات ، فلو اراد الزوج ان يقول لزوجته اسقني الماء فغلط وقال لها أنت طالق ، لا يقع الطلاق ، ولا تترتب أحكامه ، وقد ذكرنا ان الاحناف قد رجحوا وقوع النكاح والطلاق في المثالين وتحيزوا إلى الالفاظ متجاهلين إرادة المتعاقدين ومقاصدهما ، ومتمسكين بالإرادة الظاهرية التي لا تنفك عن إنشاء اللفظ سواء طابقت الإرادة الباطنية القائمة في نفس المتكلم، أو تخلفت عنها .

*
* *

نظرية السبب في العقود

٢٠

لقد اهتم المؤلفون في الفقه المدني بهذه النظرية اهتماماً بالغاً وبحثوها بحثاً مسهباً في جميع مؤلفاتهم حول العقود وعرضوا المراحل التي مرت الى ان انتهت للمرحلة الأخيرة التي أقرتها القوانين المدنية الحديثة .

ومجمل القول في ذلك ، ان السبب بمعناه عند الفلاسفة والمتكلمين ، هو ما كان علة لوجود شيء آخر ، وكون الشيء علة لغيره ، مرة يكون بوجوده التكويني سبباً موجداً له كالنار بالنسبة إلى الإحراق ومرة يكون بالجعل الشرعي أو العرفي كما هو الحال بالنسبة إلى العقود والإيقاعات على اختلاف أنواعها ، فإن اعتبار العقد مملكاً لكل من البائع والمشتري للمبيع وثمنه ، إنما هو بالإعتبار العرفي الذي أقره الشرع والقانون ، وهكذا الحال بالنسبة إلى العقود التي تتم بارادة واحدة ، والإيقاعات التي اعتبرها ورتب عليها آثارها وأحكامها ، كالطلاق الموجب لحل عقد الزواج ، والعتق الموجب للحرية ونحو ذلك ، وبهذا المعنى ورد استعمال السبب في مجاميع الفقه الشيعي ، كما سنعرض ذلك بعد حديثنا عن المراحل التي مرت بها هذه النظرية .

قال الدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد ، والسنهوري في الوسيط : ان لفظ السبب يمكن ان يراد منه أصل الشيء ومصدره وبهذا المعنى يصدق على العقد

لأنه سبب من اسباب كسب الملكية ، وليس هذا المعنى هو المقصود بالسبب في المقام ، والمعنى المراد منه عندما يتحدثون عنه كركن من أركان العقد أو من أركان الإلتزام ، هو عبارة عن الغرض الذي من أجله وقع العقد أو الإلتزام ، ويعبرون عنه بالباعث الدافع إلى التعاقد ، وهذا المعنى للسبب هو آخر ما وصل إليه الفقه المدني بعد المراحل الطويلة التي مر بها والتطورات التي عرضت عليه من الفقهاء الغربيين وغيرهم (١) .

ومجمل المراحل التي مرت بها نظرية السبب ، هو ان القوانين الرومانيـة في أوائل عهدها لم تكن تتعرف على هذه النظرية ، لأن العقود كانت شكلية ولم يكن لإرادة أي كان دخل في تكوينها ، ثم ظهرت عندهم في عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة ، ففي عقد البيع اعتبر التزام البائع سبباً لإلتزام المشتري ، فاذا هلك المبيع قبل التزام البائع لا يبقى محل لإلتزام المشتري في هذه الحالة لإنعدام سببه ، لأن البائع يمتنع منه الالتزام بسبب هلاك محله ، فينحصر أثر السبب في تكوين العقد إذا تم تكوين العقد بتوافر السبب ، بمعنى انه إذا تم التزام البائع وجد السبب لإلتزام المشتري، وبعد تمامية العقد يتوافر سببه تكون التزامات كل من الطرفين مستقلة عن التزام الطرف الآخر ، فاذا استحال على أحدهما الوفاء بالتزامه لا يؤثر ذلك على التزامات الطرف الآخر ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين في ظل هذه النظرية ان يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، وهكذا الحال بالنسبة إلى البائع ، كذلك ليس لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ، وإذا هلك المبيع وهو في يد البائع كان من المشتري ، وقد تناول فقهاء الكنيسة فكرة السبب بعد ان اعتبروا للارادة المقام الاول في تكوين العقد واشترطوا في ارادة العاقد ان تتجه الى تحقيق غاية مشروعة من العقد ، فنظروا إلى الغرض الباعث على التعاقد ، فإن كان مشروعاً مضى العقد واثر اثره ، وإلا كان باطلاً ، وبذلك يكون السبب عندهم عبارة عن الباعث الذي دفع المتعاقدين على التعاقد ، وبقيت نظرية السبب بمعنى

---

١ ـ انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢١٩ .

الباعث على العقد والالتزام إلى حدود القرن السابع عشر ، فرجع بها بعض الفقهاء الفرنسيين وهو « دوما » إلى معناها الروماني ، ونص على انها في عقود المعاوضات عبارة عن التزام كل من الطرفين بما التزم به الآخر ، وفي عقود التبرعات كالهبة وغيرها هي نية التبرع ، ومضى التشريع الفرنسي على ذلك إلى أواخر القرن الثامن عشر ، وفي اواخره ابتدأ الهجوم عليها من رجال القانون ، وظهرت عليهم الخصومة لنظرية السبب ، وانتصر لها جماعة من الفقهاء حاولوا إصلاح النواحي التي كانت هدفاً لهجوم خصومها إلى ان استقرت اخيراً في القوانين الحديثة على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وطرح النظرية التقليدية في السبب (١) على حد تعبير السنهوري في الوسيط ص ٤٥١ .

فالسبب بالمعنى الروماني المعبر عنه بعد المراحل الطويلة بالنظرية التقليدية موضوعي داخل في العقد، اما السبب بالمعنى الثاني الذي انتهى إليه الفقه الحديث وأقرته القوانين المدنية الجديدة في فرنسا وغيرها فهو ذاتي خارج عن العقد وقائم بنفس العاقد يختلف باختلاف الاشخاص .

قال السنهوري في الوسيط : وما دامت الارادة قد اصبحت حرة طليقة في ان تنشيء ما تشاء من التزامات لا بد لها من باعث يدفعها إلى الالتزام ، فلا اقل من ان يشترط القانون ان يكون هذا الباعث مشروعاً ، وان يكون الغرض الذي ترمي الارادة إلى تحقيقه لا يحرمه القانون ، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب .

---

١ ـ والمراد من النظرية التقليدية ، هي النظرية الرومانية التي تعتبر السبب عبارة عن التزام البائع المسبب لالزام المشتري ، ونية التبرع في عقود التبرعات كالهبة ونحوها ، وانما سمي السبب بهذا المعنى بالنظرية التقليدية ، لان رجال القانون في القرن السابع والثامن قد رجعوا اليها بعد ان ماتت تقريبا من عهد فقهاء الكنيسة الذين فسروا السبب بالدافع الى حدود القرن السابع عشر ، فاحياها دوما ومن تابعه من الفقهاء امثال نابليون وغيره من المشرعين .

ومهما كان الحال ، فالسبب في العقود وان صح ان يراد منه العقد الذي ينشأ به المتعاقدان المبادلة بين المالين كما نص على ذلك الدكتور مرقس في نظرية العقد ، والسنهوري في الوسيط ، ولكنه بهذا المعنى ليس مقصوداً من ابحاث المدنيين القدامى والمحدثين ، وانما المقصود منه في ابحاثهم هو ، اما الغرض القريب الذي يسعى إليه المتعاقد،ففي عقد البيع مثلاً يكون السبب في التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بتسليم الثمن، كما وان سبب التزام المشتري بتسليم الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع، والسبب بهذا المعنى هو الذي أقرته مبدئياً القوانين الرومانية وادخلت عليه بعض التعديلات من بعض المشرعين الفرنسيين وغيرهم ، بعد الهجوم العنيف عليه من المشرع البلجيكي«ارنست»والفقيه الفرنسي«بلانيول» واتباعهما،وكان من جملة التعديلات التي ادخلت عليه التعديل الذي ادخله«كابيتان» فنص في العقود الملزمة للجانبين: أن السبب في التزام احدهما هو تنفيذ الالتزام من الطرف الآخر،واعتمد في هذا التعديل على انه لو اعتبرنا كل من الالتزامين سبباً للآخر يتم العقد بحصول الالتزامين المتقابلين،فلا يبقى مسوغ للتحلل من العقد فيما إذا طرأ ما يوجب عدم وفاء احدهما بالتزامه،ومن شأن هذا التعديل جعل التقابل والارتباط بين العقدين مستمراً الى ان يتم تنفيذ التزامات الطرفين ، ومن هذا الارتباط المستمر يثبت الحق لكل منهما بفسخ العقد إذا أخل احدهما بتنفيذ التزامه، وينفسخ العقد اذا هلك محل احد الالتزامين ، او اصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب لاحق للعقد .

وفي عقود التبرعات كالهبة ونحوهما ، فقد اعتبر الباعث عليها سبباً لها اذا اشترط الواهب على الموهوب له امراً ، كما لو وهب شخص ماله لشخص على ان يبني فيه معهداً ، فيكون انشاء المعهد سبباً للهبة ، فاذا لم يتحقق يسوغ للواهب فسخ الهبة واسترجاع ماله ، واذا لم يشترط الواهب شيئاً ، يكون السبب فيها نية التبرع التي هي عبارة على العزم على دفع المال بدون مقابل (١) .

١ ـ نظرية العقد ص ٢٠٨ ومصادر الالزام لعبد المجيد الحكيم ص ١١١ و ١١٢ .

اما الفقه المدني الجديد فقد انحاز الى مذهب فقهاء الكنيسة في السبب واعتبره عبارة عن الباعث الى التعاقد ما دامت الارادة لا بد لها من باعث يدفعها، ولا بد فيه ان يكون مشروعاً لا يحرمه القانون ولا يتنافى مع الآداب والنظام العام ، ولا بد في بطلان العقد اذا لم يكن الباعث مشروعاً من علم الطرف الآخر بذلك، وقد مثلوا له بما لو وقع عقد البيع او الاجارة على منزل يريد المشتري او المستأجر ان يتخذه محلاً للعهارة ، فان الباعث على العقد غير مشروع ، ويتنافى مع الآداب العامة، ولكن بطلان العقد في المقام انما يتم اذا كان البائع عالماً بذلك لكي يتحقق السبب المنافي للآداب من طرفه ، ومن امثلته ايضاً ما لو اقترض إنسان من شخص مالاً لغرض المقامرة فيه ، وكان المقرض عالماً بالغاية من هذا القرض (١).

ومن مجموع ذلك تبين ان فكرة السبب في العقود متفق عليها بين المدنيين والشرعيين،والسبب في الفقه العربي سواء أريد به الباعث على التعاقد الخارج عن حقيقة العقد ، أو أريد به المعنى الروماني للسبب بما له من التطورات التي عرضت عليها من المشرعين الغربيين كما ذكرنا ، هذا المعنيان للسبب اللذان بحثهما الفقه الغربي وأعطاهما تلك الاهمية البـــالغة قد تعرض لهما الفقه الاسلامي الجعفري في خلال مباحث العقود ولكن لا بعنوان السبب ، وأعطاهما حقهما فيما يعـود إلى النتائج الفقهية المترتبـة عليهما ، ولا سيما فيما يعود إلى السبب بمعنى الدافع الباعث على التعاقد كما انتهت إلى ذلك النظرية الحديثة في السبب عند المدنيين، ذلك لأن هذه النظرية في السبب حسب اصطلاحهم تتجه اتجاهاً كلياً نحو المبدأ العام المتبع عند

---

١ ــ لا يخفى ان بطـلان العقد في هذين الفرضين وامثالهما متفق عليه بين فقهـــاء الجعفريين . قال في منية الطالب : « كل فعل لا يقع الحرام به ، بـل يتوقف على امور وافعال اخرى ، كبيع العنب ممن يجعله خمرا ، اذا قصد البائع تمكين المشتري مـن فعل الحرام ، هذا الفعل وان لم يكن تمـام العلة للحرام ، الا انـــه يكون محرما لكونه مـن صغريات المعاونة على الاثم » .. ومن اظهر مصاديق القاعدة العامة بيـع الـــدار للدعارة واقراض المال للمقامرة ونحو ذلك ممـا يكون الدافع على العمل غير مشروع ومخـالف للنظـام العـــام .

الشرعيين والذي ينص على احترام قصد المتعاقدين وتبعية العقود للقصود ، ولكن الشرعيين لم يعتبروا هذا الارتبـاط بين العقد ومقاصد المتعاقدين تسبيبا ، بل من ناحية احترام ارادة الانسان واعطـاءها الحق في التصرف وقد أشرنا في أول هذا البحث إلى ان السبب عند الشرعيين هو عبارة عن العـــلة الموجدة ولو بالاعتبار والجعل الشرعي ، ولذا فقـد اعتبروا العقد من أسباب التمليك .

قال الخونساري في منية الطالب : الأمر الثاني قد اشتهر بين الفقهاء ان باب الفاظ العقود وما ينشأ بها باب الاسباب والمسببات ، والمراد من ذلك ان بعت من البائع بقصد التمليك وقبلت من المشتري بقصد انشاء التملك سبب لنقل كل من الثمن والمثمن من مالكه الاصلي للمالك الثاني .

وقال الشيخ مرتضى الانصاري : بأن الشهيد الثاني قد نص على ان اطلاق البيـع بمعنى الأثر على العقد مجاز لعلاقة السببة والمسببة ، ومعنى ذلك ان اطلاق البيـع بمعنى الأثر الحاصل من العقد على العقد هذا الاطلاق لا بد وان يكون على سبيل التجوز ، لان العقد سبب للنقل والانتقال وهما مسببان عنه ، وأضاف إلى ذلك الشيخ مرتضى الانصاري : ان المسبب هو الاثر الحاصل بنظر الشارع عن العقد، لانه المسبب عنه إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تكررت من الفقهاء في صدر مباحث العقود، وقالوا في المسألة المعروفة عند الاصوليين بالصحيح والأعم: ان البيـع وغيره من العقود ان أريد بها المبادلة بين المالين ، فلا مجال للنزاع في انها موضوعة للصحيح أو للأعم منه ومن الفاسد، ذلك لانها بهذا المعنى لا تتصف إلا بالوجود والعدم ، والذي يقبل الاتصاف بهذين الوصفين هي العقود التي يتم بها انشاء المبادلة بين المالين المعروفة بالاسباب .

ومع ان الفقه الاسلامي الجعفري قد اعتبر العقود التي بها ينشىء المتعاقدان المبادلة بين المالين ، واعطاءها صفة الاسباب والعلل المولدة ولو بنحو الاعتبـــار والجعل الشرعيين ولكنه لم يكتف بالعقد بمجرده في حصول المبادلة بين الاموال ،

بل ضم اليه شروطاً في المتعاقدين وفي العوضين ، وأقرّ مبدأ الرضـــا في المعاملة كشرط أساسي لا يتم العقد بدونه ، والغى جميع النواحي الشكلية التي كانت تنظر اليها الشرائع والقوانين القديمة بعين الاعتبار ، ذلك لان الشريعة الاسلامية رفعت من شأن الانسان واطلقت له حرية التصرف إلى أبعد الحدود ونظرت إلى تصرفاته من زاوية قصده واختياره ، وأخذت بالالفاظ باعتبارها معبرة عن إرادته في عقوده وسائر شؤونه ، وإلى جانب ذلك فقد فسح له التشريع المجال للتراجع ، ما دام في مجلس العقد ليحصل له تمام الرضا في المعاملة ، لان العقد قد يصدر أحياناً بغتة من غير ترو ولا نظر صحيح من العاقدين أو أحدهما ، فاقتضت الحكمة أن يكون المتعاقدان في فسحة ليعيدا النظر ويستدرك كل منهما ما قد يظهر له خلال هذه المدة ، واعتبر الشارع مع ذلك كله ان يكون الباعث والواقع على المعاملة مشروعاً وموافقاً للنظام العام والآداب فاجارة الدار للفساد والدعارة واقراض المال للمقـــامرة وبيع العنب لكي يصنع خمر او نحو ذلك ، لم يقره الشارع ولم يعتبر العقد فيه مؤثراً في نقل الاموال والاتجار بها الى غير ذلك من النظريات التي أخذ بها التشريع الاسلامي وقيد بها سببية العقد وحدّ من سلطنة الارادة ، ومن بين هذه النظريات والقيود التي أدخلها الفقه الاسلامي على العقد بصفته سبباً مؤثراً في المبادلة بين الأموال،من بين هذه النظريات ما يقوم بدور السبب في الفقه الغربي، الذي يؤدي المهمة التي يؤديها السبب في الفقه الاسلامي،حيث انهم قد اعتبروا السبب هو التزام كل من الطرفين المسبب عن التزام الآخر (١) او تنفيذ الالتزام (٢) او الدافع الباعث على التعاقد (٣) كما ذكرنا ورتبوا على ذلك بطلان العقود التالية :

١ ـ إذا اشترى شخص شيئاً معيناً ثم تبين ان ذلك الشيء قد تلف قبل العقد عليه، فيبطل العقد لعدم وجود السبب ، لأن تسليم البـــائع للمبيع هو سبب لإلتزام

---

١ ـ كما هو في الفقه الروماني .

٢ ـ كما يرى ذلك انصار هذه النظرية من الفقهاء الغربيين بعـــد التعديلات التي ادخلت عليهـــا .

٣ ـ كما يرى ذلك انصار النظرية الحديثة في السبب .

المشتري بتسليم الثمن ، وبتعذر تسليم المبيع لا يوجد السبب فيكون العقد باطلاً.

٢ ـ إذا اعتقد أحد الوراث ان مورثه قد أوصى لشخص بشيء من تركته، فاشتراه منه ثم تبين بعد ذلك انه لم يوصي له ، فيبطل العقد أيضاً لعدم وجود سببه وهو تسليم البائع المبيع للمشتري .

٣ ـ إذا استأجر انسان شخصاً على ارتكاب جريمة بمبلغ من النقود ، فالعقد باطل لعدم مشروعية السبب وهو ارتكاب الجريمة .

٤ ـ إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة او بعدم الزنا والسرقة ونحو ذلك من المحرمات في مقابل مبلغ من المال ، فيبطل التعهد لعدم تأثير السبب في مثل ذلك .

٥ ـ لو استأجر انسان شخصاً على عمل مستحيل بحسب العادة ، فالعقد في مثل ذلك باطل لتعذر سببه .

٦ ـ لو قال ان جئتني بعبدي الأبق او ببعيري الشارد او بمتاعي الضائع فلك عندي كذا ، فلو كان المتاع او البعير عنده يكون العقد باطلاً لانعدام سببه ، ذلك لأن الجعل الذي التزمه صاحب المتاع ليس سبباً في التزام من عنده المتاع بوجوب رده . لان وجوب رده لمالكه واجب بحكم كونه امانة عنده .

وقد حكم الفقه الغربي على هذه الامثلة من العقود بالبطلان لانعدام سببها ، او لعدم مشروعيته كما في بعض الامثلة السابقة (١) اما الفقه الاسلامي فانه يحكم عليها بالبطلان لانهيار العقد من حيث عدم توافر شروطه .

---

١ ـ انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ١٩٩ و ٢٠٠ والتعبير عن الارادة لوحيد الدين سوار ص ٤٨٨ و ٤٨٩ .

ففيما لو تعين فساد المبيع قبل بيعه يبطل العقد ويرجع المشتري على البائع بالثمن الذي دفعه اليه ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، ولا تتحقق المبادلة بين المالين فيما لو تبين تلف المبيع قبل العقد عليه ، قال الشيخ مرتضى الانصاري : إذا تبين فساد المبيع فان لم يكن له قيمة يبطل العقد لوقوعه على ما ليس بمتمول ، هذا إذا تبين فساده ، فلو تبين تلفه قبل وقوع العقد عليه كان أولى بالبطلان لفوات الموضوع من أساسه والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك (١)

والمتحصل من ذلك ان البطلان في هذا الفرض لعدم وجود محله واقعاً ، وفيما لو باع عقاراً معتقداً بأن المالك قد أوصى له به فتبين بطلان الوصية ، او باع معتقداً بأنه أحد الوراث فتبين انه ليس بوارث ، فقد تعرض الفقهاء لحكم هذا الفرض في خلال بحثهم لعقد الفضولي ، وقد ذكروا في ذلك المقام . ان العقد لا يصح بالنسبة إلى العاقد لعدم كونه مالكاً للمبيع ، فلا يمكن دخول الثمن في ملكه وخروج المبيع من ملك غيره ، ويكون العقد بالنسبة إلى المالك فضولياً ، ورجحوا اعتبار هذه النوع من المعاملة من مصاديق الفضولي ، وحكموا بصحته للمالك إذا اجاز العقد الواقع على ماله، ونص اكثر الفقهاء على بطلان العقد في هذه الحالة ، لأن المنشىء للعقد لم يكن مالكاً للبيع ، ولم يقصد البيع لمالكه ليكون العقد من مصاديق عقد الفضولي ، ولا يمكن تجاهل قصد المتعاقدين في المعاوضات .

وفي مسألة ما لو وقع العقد على فعل محرم او فعل واجب ، فقد نص الجعفريون على بطلان العقد في مثل ذلك ، لأن العقد لا يحدث الزاماً في حق الأجير لكون العمل موضوع الإجارة محرماً عليه كما في صورة الاستئجار على المحرم وواجب عليه كما في الاستئجار على ترك الزنا مثلاً ، ويشترط في العمل موضوع العقد ان يكون مملوكاً للأجير وداخل تحت سلطته ، بنحو لا يكون مسلوب الاختيار بالنسبة اليه ، وإذا كان محل العقد واجباً يكون الاجير ملزماً به فلا

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري شروط العوضين .

يكون تركه مقدوراً له ، ولو كان محرماً يكون ملزماً بتركه وفعله ليس داخلاً تحت قدرته شرعاً .

ومجمل القول : ان المحرمات بأجمعها لا تصح العقود عليها لعدم كونها مملوكة للمتعاقدين وإذا لم تكن مملوكة فلا يصح تمليكها بالعقد وغيره ، فيكون التزام المؤجر بدفع العوض في مقابلها تمليكاً للعوض بدون مقابل، وهكذا الحال لو كان موضوع العقد واجباً عينياً على كل مكلف بعينه .

قال الخونساري في منية الطالب : يعتبر في المعاملة امران ، الأول : ان يكون العمل الذي يأخذ الاجرة عليه ملكاً له ، بأن لا يكون مسلوب الإختيار بإيجاب او تحريم شرعيين، لأنه ان كان واجباً لا يقدر على تركه، وان كان محرماً لا يقدر على فعله .

الثاني : ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر ، فلو لم يكن كذلك كما لو تعلق به تكليف مباشر لا تصح الاجارة عليه لخروجه عن ملكه في مثل ذلك (١) .

ومن ذلك تبين ان عقد الإجارة على عمل غير مقدور للاجير بحسب العادة أو عقلاً، هذا النوع من العقود محكوم بفساده ، لأن القدرة على تسليم كل من العوضين من الشرائط المتفق عليها بين الفقهاء ، وكما لا تصح الإجارة في مثل ذلك ، لا تصح الجعالة على عمل واجب على الطرف الآخر، كما جاء في المثال السابق ، لقد توصل الفقه الإسلامي إلى ابطال هذا النوع من العقود وأوجد لكل من المتعاقدين المخرج للتحلل من العقد، بواسطة عدم توافر الشروط التي اعتبرها المشرع في العقود، ومعها لا تحتاج إلى اعتبار الإلتزام من كل منها والدوافع الخارجة عن العقد الباعثة على التعاقد أسباباً في العقود كما يدعي انصار نظرية السبب ، على ان الذين

---

١ ـ منية الطالب في شرح المكاسب ص ١٥

يهاجمون نظرية السبب من الفقهاء الغربيين يلتقون مع الشرعيين من حيث ان ابطال هذا النحو من العقود لا يتوقف على انعدام السبب الذي هو شرط لصحة العقد ، واعتبار هذه العقود باطلة لإنعدام السبب كما قرر ذلك انصار هذه النظرية ، قال « بلانيول » الفرنسي : نستطيع ابطال العقد بفكرة المحل وبفكرة الإرتباط بين الإلتزامين ونستغني بذلك عن فكرة السبب فيكفي ان نقول ان الالتزامين المتقابلين مرتبطان ببعضها بحيث يتوقف مصير احدهما على مصير الآخر ، ففي الحالات التي يدعي انصار السبب بطلان العقد لإنعدام سببه ، او لعدم مشروعيته نستطيع ابطال العقد لانعدام محله ، او لعدم مشروعيته ، فلو باع شيئاً لا وجود له يبطل العقد ، لأن التزام المشتري كان معلقاً على شرط وهو التزام البائع تجاهه بتسليم المبيع ، وبما ان هذا الالتزام لم يوجد ، فان الالتزام الثاني المعلق عليه لا يمكن ان يحصل ، فتنهار التزامات الطرفين في وقت واحد ، وهكذا لو كان محل احد الالتزامين غير مقدور ، او كان احد المتعاقدين ملزماً به بنظر الشرع مثلاً كما في الأمثلة السابقة (١) .

ومها كان الحال فالفقه الجعفري كما أوجد الحلول للتخلص من العقد في الموارد التي يدعي انصار السبب فيها ان بطلان العقود لانعدام أسبابها ، كذلك أوجد الحلول للتخلص من العقد في موارد تخلف العقد عن الدافع الباعث على التعاقد الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب ، وربط بين الدوافع والعقود اعتماداً على المبدأ الذي ينص على ان العقود تابعة للقصود ، وقد حدد الفقهاء هذا الارتباط ونصوا في مجاميعهم الفقهية على وجوب مراعاة قصد المتعاقدين واحترامه بمعنى ان المتعاقدين ليس لهما ان ينحرفا في تنفيذ العقد عن المعنى المقصود لها ، ولا يصح العقد إذا لم تترتب الآثار المقصودة للمتعاقدين عليه ، وهذا هو الذي يعنيه قولهم : العقود تتبع القصود .

---

١ ـ انظر مصادر الالزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢٠٣ بينما يدعي انصار السبب بان التزام كل منهما باطل لتخلف سببه كما ذكرنا .

قال في منية الطالب: كل فعل لا يقع الحرام به بل يتوقف على أمور أخرى، كبيع العنب ممن يجعله خمراً فهذا لا يتدرج تحت الإعانة على الإثم ، إلا إذا قصد به البائع توصل المشتري بالعنب إلى التخمير ، وأضاف إلى ذلك : وبالجملة لو لم نقل بحرمة شراء الطعام للتقوي على المعصيـة ، إلا ان البيع بقصد التوصل إلى صدور الحرام من المشتري حرام (١) .

والمقصود من هذا النص الفقهي ان بيع العنب والطعام بذاتهما باعتبارهما ليسا علة للحرام لا يحرمان على المالك ، ولكنه إذا قصد البائع بالبيع توصل المشتري إلى الحرام والتسهيل عليه بممارسة الحرام ، يكون البيع باطلاً وحراماً لأنه قصد به الحرام .

وقال السيد كاظم في العروة الوثقى : الخامس من شروط العقد ان تكون المنفعة مباحة ، فلا تصح اجارة المساكن لإحراز المحرمات والدكاكين لبيعهـا والدواب لحملها والجارية للغناء ونحو ذلك وتحرم الاجرة عليها .

وجاء في منية الطالب ، ان تبعية العقد للقصد انما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثار المقصودة عليه ، فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب المقصود عليـه ، وأضاف إلى ذلـك : ان تبعية العقد للقصـد في كلمات العلماء لا تختص بالعقد الذي هو من افراد قوله تعالى : اوفوا بالعقود بل يجري في جميع المنشآت وليست هذه التبعية حكماً تعبدياً حتى تختص بمورد دون آخر ، بل حكم فطري ارتكازي منشأه ان الموجد الاعتباري انما يوجد بآلة ايجاده إذا صدر عن قصد فتحقق غير ما قصد لا يعقل في طريقة العقلاء ، وليس حكم الشارع في باب العقود إلا امضاء ما هو طريقهم (٢) .

ونص الشيخ مرتضى الانصاري في مبحث المعاطاة : بأن الحكم بصحة العقد

١ ـ منيطة الطالب في شرح المكاسب ص ١٢ و ١٣ من المجلد الاول .
٢ ـ المصدر السابق ص ٥٢ .

يلزمه ترتب الاثر المقصود عليه للمتعاقدين .

وقال السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة : ان هذه القاعدة لا تختص بالعقود بل تطرد في جميع الأسباب الإنشائية من غير فرق بين العقود والإيقاعات (١) .

ومن ذلك تبين انه إذا لم يتحقق الغرض المقصود من العقد يكون العقد لغواً، وان قصد امراً مشروعاً لا يتنافى مع الشرع والآداب العامة يصح العقد وتترتب عليه آثاره، اما إذا قصد التوصل إلى غرض يحرمه الشرع والقانون كما لو باع العنب لأجل ان يصنعه المشتري خمراً ، او أجر داره للدعارة او أقرض ماله للقمار ونحو ذلك من المقاصد التي حرمتها الشرائع والقوانين يبطل العقد لعدم مشروعية الغاية أو الباعث الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب .

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم : فالنظرية الحديثة للسبب تسير إذن نحو ما قرره الفقهاء المسلمون ، ولكنها لم تبلغ بعد الشأو الذي وصل إليه هؤلاء الفقهاء ، فهم قد صاغوا من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع افعال الانسان بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعبادات وغير ذلك من الأمور ، ونحن نعتقد ان انصار النظرية الحديثة من الفقهاء امثال « اهرنك » و« جوسران » لو اطلعوا على ما يقوله الفقهاء المسلمون في هذا الباب لأبدعوا فيما يقولونه ايما ابداع ، ولصاغوا منه نظرية متماسكة الأجزاء تسيطر على القانون بأجمعه (٢) .

---

١ ــ نهج الفقاهة ص ٣٣ .

٢ ــ الوجيز في شرح القانون المدني ص ٢٢٢ .

عيوب الرضا بالعقد

٢١

لقد نص الدكتور سليمان مرقس وغيره على ان عيوب الرضا في القانون الجديد لا تتجاوز العيوب الأربعة التالية :

الغلط والتدليس ، والإستغلال والإكراه ، وهذه العيوب قد نظر إليها الفقه الاسلامي وبخاصة الجعفري بعين الإعتبار ، وحدد موقف المتعاقدين من العقد فيما إذا كان الرضا به مشوباً بأحد هـــذه العيوب،وقد تحدثنا في المباحث السابقـــة بعنوان الارادة وأثرها على العقد عن الغلط وأنواعه ومقدار تأثيره على العقد عند الجعفريين ، بعد ان استعرضنا آراء الاسلاميين والمدنيين فيه .

ويتخلص ما ذكرناه في المبحث السابق ، ان الغلط في العقد إذا رجع إلى عدم القصد للفظ أو للمعنى ، بنحو لم تتعلق ارادته به لا يصح منه العقد ، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه في شروط المتعاقدين .

وإذا رجع الغلط في العقد إلى الغلط في القيمة كما لو باع شيئاً بمبلغ معين من المال ، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت لسبب من الأسباب ، او رجع إلى الغلط في الباعث ، كما لو باع شيئاً بدافع الحاجة الملحة فتبين عدمها ، او رجع إلى الغلط في موضوع الالتزام ، كما لو اشترى خاتمه معتقداً انه من ذهب فتبين انه مـــن نحاس ، هذا النوع من الغلط لا يوجب بطلان العقد ، بل يجعله قابلاً للابطال ،

في بعض الفروض ، وذلك فيما إذا رجع الغلط إلى تخلف صفة في المبيع مثلاً ، على شرط ان يكون المشتري جاهلاً بأن المبيع فاقد لتلك الصفة (١) وفيما إذا رجع الغلط إلى تباين مادة الشيء موضوع الإلتزام يبطل العقد ، لأن إرادة المشتري لم تتجه إلى المادة الثانية (٢) .

اما إذا رجع الغلط إلى الدافع على التعاقد فلا يؤثر ذلك على العقد، ولا يعرضه للبطلان ، نعم إذا رجع الغلط إلى القيمة يصبح العقد قابلاً للابطال (٣) وقد أشرنا في المبحث السابق إلى الجهات التي يلتقي بها الجعفريون مع غيرهم من شرعيين ومدنيين .

العيب الثاني — التدليس

وهو عبارة عن تضليل العاقد ببعض الوسائل الموجبة لإقدامه على العقد ، باظهار محاسن المبيع ، وستر عيوبه ، وبايجاد صفة فيه عرضية بقصد ترغيبه في الاقدام على المبيع .

وقد مثل له الفقهاء بما ترك لبن الداية في ضرعها اياماً لغاية اغراء المشتري بها ، وبما لو وصف المبيع بما ليس فيه او أخفى بعض عيوبه او زين الجارية ونحو ذلك

---

١ ـ ومن امثلة ذلك ، ما لو اشترى خاتما ذهبيا على انه اثري ، ثم اتضح انه من الذهب الخالص ولكنه غير اثري ، ونحو ذلك من الامثلة المتشابهة .

٢ ـ ومن امثلته ، ما لو اشترى خاتما من ذهب فتبين انه من نحاس .

٣ ـ وذلك كما لو باع شيئا ثمين معين ، ولم يعلم بان قيمته قد تضاعفت ، فيثبت للبائع الخيار في فسخ العقد من حيث الغبن في قيمة البيع ، اما لو باع شيئا بدافع الحاجة تبين عدمها ، فلا يؤثر هذا النوع من الغلط على العقد . ومجمل القول : انه اذا رجع الغلط بجميع صوره الى عدم كون الشيء الذي وقع الغلط فيه مقصودا للعاقد ومرادا من العقد ، فلا يبعد البطلان في بعض الفروض والخيار في البعض الاخر ، واذا لم يبلغ الى هذا الحد فلا يؤثر على العقد .

بقصد اغراء المشتري وترغيبه ، وقد نص الفقهاء في ذلك على ان للمشتري الخيار في هذه الحالات .

قال الشيخ محمد حسن في الجواهر : والمشهور بين الاصحاب انه تدليس فيثبت به الخيار بين الرد والإمساك كغيره من أنواع التدليس ، الذي لم أجد خلافاً في ثبوت الخيار به ، بل سمعت الاجماع في التصرية التي هي فرد منه (١) .

ومن ذلك تبين ان التدليس الدافع على التعاقد هو ما لولاه لما أقدم المشتري أو البائع على المعاملة، هذا النوع من التدليس يجعل العقد قابلاً للابطال،بمعنى انه يثبت للمدلس عليه الخيار بين فسخ العقد وامضائه .

وقال الدكتور سليمان مرقس : وتنص المادة ١٢٥ من القانون المدني الجديد ، على انه « يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد العاقدين او نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد » .

وأضاف إلى ذلك : انه لا بد ان تتوافر في التدليس الشروط الثلاثة التالية :

١ ــ استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل .

٢ ــ ان يكون استعمال تلك الطرق حاصلاً من العاقد الآخر ، أو يكون عالماً به .

٣ ــ ان يكون التضليل الناشىء من استعمال هذه الطرق الإحتيالية هو الدافع على التعاقد .

واستطرد يقول : ان مجرد الكتمان قد يعتبر في بعض الحالات من الطرق

١ ــ والمراد من التصرية ، هو ان يترك اللبن في ضرع الناقة او الشاة أياماً ليرغب المشتري في شرائها » انظر الجواهر كتاب التاجر ملحقات خيار العيب .

الإحتيالية ، لأن ظهوره يؤثر في ارادة العاقد الآخر ، فيعتبر كتمان هـذا الأمر فيها من قبيل الطرق الإحتيالية .

وقد نصت المادة ١٢٥ فقرة ثانية مدني جديد، على انه يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة او ملابسة إذا ثبت ان المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة (١) .

العيب الثالث من عيوب الرضا — الاستغلال

والمقصود من الاستغلال ، الغبن الواقع في المعاملة ، وهو عبارة عن عـــدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين ، كما لو باع شخص ما يساوي مائة جنيه بسبعين جنيهاً او أقل من ذلك .

وسنحدث عن موقف الفقه الجعفري من هذا العيب، وموقف فقهاء المذاهب الأربعة والفقه الوضعي منه في الفصل الأخير من فصول هذا الكتاب .

العيب الرابع — الاكراه

ومن الشرائط التي لا بد منها في صحة العقد ان يكون المتعاقدان مختارين في انشاء التمليك او الزواج وغيرهما من العقود والإيقاعات بمعنى ان ارادة المتعاقدين المتجهة نحو المبادلة في البيـع والزواج في النكاح والتمليك في الهبة والانتفاع بالعين في العارية والفرقة في الطلاق ونحو ذلك من العقود والإيقاعات ، هـــذه الارادة

---

١ ـ نظرية العقد ص ٢٥٥ و ٢٥٦ ، وقد نقل الشيخ الانصاري في المكاسب عن جماعة من الفقهاء : ان من باع شيئا فيه عيب ولم يبينه فعل حرامـــا ، وكان المشتري بالخيـــار ، واضاف الى ذلك : ان كتمان العيب الخفي وهو الذي لا يظهـر بمجرد الاختبار المتعارف قبـل البيع غش ، اما العيب الظاهر فان ترك اظهاره لا يعد تدليسا .

لا بد وان تكون بدافع الرغبة والرضا منها بحصول مدلول العقد، فلو استندت ارادتها او ارادة أحدهما إلى إكراه أو الجأ من شخص آخر لا ينفذ العقد من حيث انه يفقد الركن المقوم لصحة المعاملة وهو الرضا بالعقد، والكلام في هذه المسألة بعد افتراض ان العقد جامع لجميع الشرائط والأركان التي لا بد منها في صحة العقد ما عدا الاختيار. وقد ارجع الشيخ الأنصاري الاختيار الذي اعتبره الفقهاء شرطاً لصحة العقد، إلى ان قصد المتعاقدين لمدلول العقد لا بد وان يكون بدافع الرضا وطيب النفس منها بحصول مضمون العقد، ونص على ذلك الشهيدان والعلامة الحلي ايضاً، والنص الفقهي المنسوب إليهم هو ان المكره قاصد للفظ غير قاصد لمدلوله، والمراد من عدم قصد المدلول هو عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد خارجاً لا مجرد الكلام بدون قصد للمعنى كما هو الحال فيمن يتكلم تقليداً أو تلقيناً كالطفل الصغير والمجنون ونحوهما. واستدل الشيخ الأنصاري وغيره على اعتبار هذا الشرط بالكتاب والسنة والاجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض.

ومن السنة ما جاء عن الرسول (ص) انه قال: لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفسه، وقوله في حديث الرفع المشهور بين جميع المسلمين، رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما اكرهوا عليه وما اضطروا إليه، وليس في الحديث ما يشير إلى ان المرفوع هو خصوص المؤاخذة، كما رجح ذلك بعض الشراح لهذا الحديث، ذلك لأنه باطلاقه يشمل الحكم التكليفي والوضعي، ولا سيما بعد ان استشهد به الامام أبو الحسن موسى بن جعفر (ع) على رفع الحكم الوضعي، فقد جاء في رواية البزنطي انه سأله عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ قال (ع) لا: ان رسول الله (ص) قال وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لا يطيقون وما اخطأوا.

فقد نفى وقوع الطلاق والعتق والصدقة من المكره على الحلف واعتبر هذا

المورد من الموارد التي ينطبق عليها الحديث، هذا بالاضافة إلى ان الرواية قد تعرضت لحكم الطلاق من المكره ونصت على عدم لزومه، مع العلم بأن الإكراه إذا أوجب فساد الطلاق الصادر عن إكراه اوجب فساد غيره من العقود الصادرة بهذا الدافع(١)

والمراد من الإكراه المانع من صحة العقد هو ان يتوعد انسان شخصاً إذا لم يبع ماله ، او يطلق زوجته بضرر في ماله او نفسه ، فينشىء المكره العقد دفعاً للضرر الذي توعده به المكره ، ولا بد في الضرر الذي توعد به المكره ان يكون مضراً بحال المكره في نفسه او عرضه او ماله ، وان يكون مضنون الوقوع ، وإلا فمجرد صدور العقد من المالك لدفع الضرر المحدق به لا يوجب بطلان العقد ، ذلك لأن أكثر معاملات الناس لدفع المفاسد وجلب المنافع ، فلو اكتفينا في موضوع الإكراه بمجرد صدور الفعل توقياً من الضرر ، لزمنا ان نقول بفساد الكثير من المعاملات المتعارفة بين الناس .

كما وانه لا بد وان يكون الاكراه على نفس العقد والإيقاع ، اما لو كان الضرر الذي تدعو به الظالم متجهاً إلى موضوع آخر ، ولكن المكره أراد ان يدفع الضرر المتوجه إليه بالبيع او الطلاق وغيرهما من العقود ، كما لو أكره شخص على دفع مبلغ من النقود ، وتوقف دفع المبلغ المطلوب على بيع داره أو عقاره ، فالبيع الصادر منه وان كان لدفع الضرر المنتظر ولكنه طيب النفس بذلك (٢) .

---

١ ـ انظر مكاسب الشيخ الانصاري شرائط المتعاقدين من كتاب البيع .

٢ ـ لا يبعد ان يكون هذا الفرض داخلا في موضوع الاكراه المفسد للعقد ، لان العرف لا يرى فرقا بين ان يكون الشخص مكرها على نفس العقد او على امر اخر ينحصر التخلص منه بالبيع نعم لو امكن التخلص بدفع المال المكره عليه بالقرض مثلا او بعمل اخر غير البيع ، يكون اختياره للبيع في مثل ذلك موجبا لخروج هذه المعاملة عن موضوع الاكراه ، هذا كله بناء على ان الدليل على مانعية الاكراه هو الاية والحديث السابقين ، اما لو كانت مانعية الاكراه من جهة تعلق الاكراه بالعقد فيتجه التفصيل المذكور.

ومجمل القول : ان الاكراه المانع عن صحة العقد يرجع بنظر العرف إلى عدم استقلال العاقد في التعرف بنحو يكون الدافع إلى انشائه حكم العقل القاضي بدفع الضرر عن النفس او ترجيح أقل الضررين ، والإقدام على العقد بهذا الدافع يلازم كون العاقد غير طيب النفس بالمعاوضة (١) .

ويؤكد السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة : ان الاكراه بنفسه مانع عن صحة العقد ، لأن العقد الصادر عن إكراه يفقد الرضا وطيب النفس ، ذلك لأن اختيار العقد وترجيحه على غيره يتوقف على ترجيح وجوده على عدمه ، وترجيح وجوده يلازم الرضا به وميل النفس إليه ، ويستتبع ذلك تعلق ارادته به ، وليس معنى طيب النفس إلا ميلها ورضاها بوقوع ذلك الشيء خارجاً، والاختيار المبحوث عنه في المقام هو عبارة عن عدم الاكراه على العقد، فيكون عقد المكره باطلًا لأنه صادر عن إكراه ، لا لأنه فاقد للرضا وطيب النفس بمضمون العقد ، فإن الرضا وطيب النفس يلازمان القصد إلى وقوع مدلول العقد ، وهما موجودان مع الاكراه وعدمه ، وكل ما في الأمر ان الرضا وطيب النفس الموجودين مع الاكراه قد حصلا بدافع التخلص من الضرر الذي توعد به المكره لا من حيث ان ذات العقد محبوبة له ، ولا يشترط في صحة المعاملة الرضا وطيب النفس الذاتيان، لأن أكثر المعاملات الصحيحة إنما يتعلق بها الرضا وطيب النفس بملاحظة ما يترتب عليها من دفع المفاسد وجلب المنافع .

ومن ذلك تبين ان عقد المكره إنما يبطل إذا صدر عن إكراه ، لا لأنه يفقد الرضا وطيب النفس (٢) .

ومهما كان الحال فالاكراه الموجب لفساد العقد يحصل بإلزام شخص ببيع

---

١ ـ المصدر السابق .

٢ ـ انظر نهج الفقاهة للسيد محسن الحكيم ص ١٨٨ و ١٨٩ .

عقاره مثلاً بنحو يظن بالضرر الذي توعده به إذا لم يباشر البيع ، فلو لم يحصل يكن العقد بدافع الاكراه يقع صحيحاً ولو حصل بدافع التخلص من الضرر ، فالمريض المحتاج إلى العلاج والدواء إذا باع داره او عقاره للتخلص من الضرر المحدق به بسبب المرض يصح بيعه ولو كان كارهاً لذلك .

ولو اكره الحاكم شخصاً على إيجاد عمل ولم يتمكن من إيجاده إلا ببيع داره او سيارته او غيرهما من ممتلكاته ، فلا تشمله الأدلة الدالة على ما نعية الاكراه من صحة العقد ، ذلك لأن أصرح الأدلة على حكم هذه المسألة هو حديث الرفع ، وهو من حيث اطلاقه وان كان شاملاً لكل عمل يصدر بدافع الاكراه ، سواء تعلق به الاكراه مباشرة او تعلق به بواسطة أمر آخر كالمثال المتقدم ، إلا انه لما كان وارداً مورد التسهيل والتوسعة على العباد لا بد من التخطي عن ظاهره والاقتصار في تطبيقه على الموارد التي تحقق منه هذه الغاية ، والحكم بفساد البيع في المقام اعتماداً على هذا النص يؤدي إلى التعسير والتضييق على هذا الشخص الذي ألجأته الضرورة لبيع سيارته ليتمكن من اداء العمل المكره عليه .

ومن أمثلة ذلك ما لو اضطر انسان إلى بيع ممتلكاته لوفاء ديونه المستحقة عليه التي أجبره الحاكم على ادائها، فهو وان كان مكرهاً على بيعها في مثل هذه الحالات ويشمله الحديث بمقتضى اطلاقه ، إلا ان تطبيقه على هذه الموارد يؤدي إلى تضييع الحقوق واضرار الناس وبالتالي يفقد الحديث أبرز فوائده وأغراضه التي فيها التسهيل على الناس والتيسير بهم .

ومما ذكرناه في تحديد معنى الاكراه تبين ان الاكراه المفسد للعقود والايقاعات لا بد فيه من ان يكون الفعل مكروهاً للفاعل ، وان يكون الرضا بوقوعه فراراً عن الضرر الذي توعد به المكره ، بنحو يكون الاتيان بالعقد من باب ارتكاب أخف المحذورين وأقل القبيحين فلو أمكن التخلص من الضرر بعمل آخر لا ضرر فيه على المكره لا يكون العقد الصادر منه والحالة هذه موجباً

لفساده ، لأن العاقد يتمكن ان يتخلص من ضرر المكره بغير البيع، فلا يكون في فعله قد ارتكب أقل الضررين ، بل يكون مختاراً في اقدامه على المعاملة، لأنه متمكن من التهرب من ضرر الظالم بغير البيع كما ذكرنا .

وقد أكد السيد الحكيم في نهج الفقاهة : ان الاكراه لا يكون مفسداً للعقد مع امكان التخلص من ضرر المكره بغير البيع من غير فرق بين ان يتخلص بعمل آخر لا ضرر فيه او بالتورية التي هي عبارة عن اظهار أمر وارادة خلافه .

فقد جاء في الكتاب المذكور : وعلى هذا يمتنع صدق الاكراه مع امكان التفصي بما لا ضرر فيه على المكره ، إذ حينئذ لا يكون تزاحم بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب أخف المحذورين ، لامكان الفرار من المحذورين معاً بارتكاب الأمر المتفصى به،وأضاف إلى ذلك: والظاهر عدم الفرق فيما به التخلص بين التورية وغيرها (١) .

ونص الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه : على ان عدم التمكن من التخلص من ضرر المكره ليس شرطاً في صدق الاكراه المفسد للعقود ، سواء أمكن التخلص بالتورية او بغيرها ، فيصدق الاكراه المفسد للعقد حتى لو أمكن التخلص من المكره بغير العقد .

قال في المكاسب : ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضرراً آخر كما عن جماعة من الفقهاء أم لا ؟ الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية ، لان حمل عموم رفع الاكراه الوارد في حديث الرفع ، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه ، ومعاقد الاجماعات والشهرات المدعاة في حكم المكره

---

١ ـ نهج الفقاهة ص ١٩١ .

على صورة العجز عن التورية لجهل او دهشة بعيد جـــداً (١) مع أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الاكراه ، هذا بالاضافة إلى ان المستفاد مـــن بعض النصوص عدم اعتبار العجز عن التورية مطلقاً ، فقد جاء في رواية عبد الله بن سفيان عن أبي عبدالله الصادق (ع) انه قال : « لا يمين في قطيعة رحم ، ولا في جبر او اكراه ، قلت اصلحك الله : وما الفرق بين الجبر والاكراه ، قال (ع) الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والأم والأب . »

فإن الاكراه من الزوجة والأب والأم يمكن التخلص منه في الغالب بغـير التورية من الأعمال فضلاً عنها ، ومع ذلك فقد اعتبره الإمام (ع) اكراهاً منه بقول مطلق، مع العلم بأن حالة العجز عن التخلص من ضرر المكره هي الحـــالة النادرة بالنسبة للأبوين والزوجة ولا يصح تنزيل الاطلاق عليها في مثل ذلك.

وبعد ان استظهر الشيخ مرتضى الانصاري من ادلة الاكراه عمومها لحالتي امكان التخلص من الضرر وعدمه رجح عـدم صدق الاكراه مع امكان التخلص بعمل آخر غير التورية ، وذلك فيما لو كان الاكراه على عمل محرم كالزنا او القتل ونحوهما ، أما لو كان الاكراه على العقد او الايقاع فلا يرتفع حكم الاكراه ولو امكن التخلص بالتورية او غيرها من الاعمال ، ذلك لأنه لو أكرهـه على فعل الحرام وتمكن من التخلص منه يكون الضرر مترتباً على ترك الحرام من جهـة ، وعلى ترك التخلص منه لو أمكنه التخلص من جهة ان الضرار عن الحرام واجب

---

١ ـ المراد من قوله : حمل عموم لرفع الاكراه وخصوص النصوص ومعاقد الاجماعـــات على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة ، هو انه لو قلنا بان أدلة مانعية الاكراه من تاثير العقود مختصة بصورة عدم امكان التخلص مـن المكره بالتورية لـو قلنـا بذلك يلزم ان يكون المستفاد مـن الحديث والنصوص التي تعرضت لحكم طلاق المكره والاجماعات على فساد عقوده هذه الادلة يلزم أن تكون محمولة على صورة العجز من التورية لجهل او دهشة ، وفي غير هاتين الحالتين لا يتصور العجز، لانها اي التورية تتحقق بعدم قصد مدلول العقد او قصد معنى اخر.

بحكم الشرع ، فلو فعل الحرام والحال هذه يكون مختارا بالنسبة اليه ، لأن الضرر مترتب على ترك المكره عليه وترك التخلص منه ، فاقدامه على المحرم مع التمكن من التخلص منه من غير ان يناله شيء من ضرر المكره هذا الاقدام باختياره وارادته وان كان بدافع الاكراه عليه ، فيكون الاكراه على المحرم الرافع للحكم التكليفي بمعنى الالجاء والاضطرار . أما الاكراه الرافع لأثر العقود والمعاملات فيبقى له أثره ولو مع امكان التخلص من ضرر المكره بعمل آخر ، لأن الاكراه المفسد للعقد قد أفسده من حيث عدم الرضا وطيب النفس به ، وهما مفقودان حتى مع امكان التخلص من ضرر المكره ، ومن أمثلة ذلك . مـا لو فرض ان شخصاً أكره غيره على بيع داره أو عقاره مع العلم بأن المكرَه لو خرج من المحل الذي وقع فيه الاكراه وجد من اعوانه وجيرانه من يكفيه شر المكره في خارج المحل، ومع ذلك فقد باع داره أو عقاره لأنه يكره الخروج من ذلك المحل ، فيصدق الاكراه بمعنى عدم الرضا وطيب النفس في هذه الحالة ، ولا يصدق فيما لو كان معه في المحل الذي وقع فيه الاكراه من يكفيه شر المكره فيما لو استعان به ، ومع ذلك أوقع البيع ولم يكلف أنصاره باعانته على المكره ودفع ضرره ، وقد انتهى الشيخ الانصاري من هذه التفرقة إلى النتيجة التالية :

ان الاكراه على المحرمات لا يكون اكراهاً مؤثراً إلا إذا رجع إلى الجبر والإلجاء بمعنى انه لو تمكن من التخلص بما يدفع عنه ضرر المكره ومع ذلك باشر العمل موضوع الاكراه لا يترتب على عمله حكم الاكراه .

اما الاكراه على العقود والمعاملات فمن حيث انه يرجع إلى عدم الرضا وطيب النفس بالعقد : لا يرتفع حكمه مع امكان التخلص من ضرر المكره بالتورية او بعمل آخر (١) .

---

١ ـ المكاسب مبحث شروط المتعاقدين ، وقد فرق بين الاضطرار والاكراه ، بان الاضطرار لا يكون من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض ونحو ذلك ، والاكراه يكون من الغير، وهو بالنسبة الى المحرمات بمعنى الجبر والالجاء ، وبالنسبة الى العقود والمعاملات يكفي فيه توعد الضرر الموجب لعدم الرضا وعدم طيب النفس بالمعاملة .

وليس في ادلة الاكراه ما يشير إلى هذا التفصيل ، وقد ذكرنا انه مع امكان التخلص من ضرر المكره بعمل من الاعمال او بالتورية ونحوهما لا يكون الدافع على العقد الفرار من الضرر الذي توعد به الظالم ، ولو تجاهلنا التورية في المقام وقلنا بأنها لا تتفق مع طبيعة الاستعمال في الغالب فلو أوقع البيع او الطلاق قاصداً لمعناهما بدافع الاكراه لا يكون العاقد طيب النفس ومختاراً في تلك المعاملة ، اما بالنسبة الى الوسائل الأخرى التي يتمكن بسببها من دفع ضرر المكره ، فلو تيسر له التخلص من الضرر بعمل او بشخص يدافع عنه ، ومع ذلك اوقع العقد ، فالعرف لا يراه مكرهاً في هذه الحالة (٢) .

ومهما كان الحال فمن أمثلة الاكراه ما لو أكره انسان شخصاً على ايجاد عقد من غير أن يعين له نوع العقد ، بأن يكون محل الاكراه عنواناً جامعاً لاكثر من فرد واحد ، وحينئذ فلو كان هذا العنوان موضوع الاكراه هو الموضوع للأثر الشرعي فكل واحد من أفراد هذا العنوان لو أتى به المكره للتخلص من الضرر يقع فاسداً من حيث انطباق العنوان على ذلك الفرد ، أما لو كان الأثر الشرعي من مختصات فرد أو نوع من انواع ذلك العنوان العام الذي تعلق به الاكراه ، فلو اختار المكره ايجاد الفرد الذي يختص من بين تلك الافراد بالأثر الشرعي لا يكون مكرهاً على إيجاده ، لأن الاكراه قد تعلق بالعنوان العام الذي ينطبق عليه وعلى غيره ، وكان باستطاعته ايجاد الفرد الآخر الذي لا أثر له ، فايجاده له والحالة هذه يكشف عن اختياره ورضاه بالمعاملة .

ومن أمثلة ذلك ، ما لو أكره الزوج على الطلاق بالمعنى الأعم من كونه صحيحاً او فاسداً ، فطلقها طلاقاً صحيحاً ، فيصح منه الطلاق ، لأن الاكراه لم يتعلق بهذا الفرد الصحيح بخصوصه ، ونظير ذلك ما لو كان لكل من فردي الجامع الذي تعلق به الاكراه أثر شرعي ، وكان أحد الفردين واجباً عليه ، كما

---

١ ـ انظر منية الطالب ١٨٠ و ١٩٠ .

لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه ، وكان طلاق واحدة معينة منهما واجباً عليه لعجزه عن الانفاق عليها او لغير ذلك من الاسباب ، فلو طلق الزوجة الثانية التي لا يجب عليه طلاقها يصح منه الطلاق لكونه مختاراً في ذلك .

ومن أمثلة ذلك ما لو أكرهه على بيع داره أو وفاء ديونه المستحقة عليه ، فلو باع الدار في هذه الحالة يقع البيع صحيحاً نافذاً ، لأن المكرَه كان متمكناً من التخلص من ضرر المكره بوفاء ما عليه من الديون المستحقة عليه ، ولو تعلق الاكراه بأحد أمرين أو أمور ، كما لو أكرهه على بيع داره او فرسه او بستانه بنحو يكون كل واحد من هذه الافراد مطلوباً للمكره في ظرف عدم الآخر ، ففي مثل ذلك أي فرد من هذه الافراد أقدم المكرَه على بيعه يكون مشمولاً لأدلة الاكراه ولا ينفذ البيع بالنسبة اليه ، لأن الاكراه قد تعلق بالأفراد بنحو الواجب التخييري ، فالفرد الذي يختاره المكرَه هو الموضوع للاكراه (١)

وقد تعرض فقهاء الشيعة بمناسبة الحديث عن الاكراة المتعلق بالعقود إلى الاكراه المتعلق بالطلاق ، وتتلخص الوجوه التي يمكن ان تنتج من الاكراه بالامور التالية :

الأول : أن يكون الطلاق بذاته مبغوضاً للمطلق ، ولكنه بالاكراه يصبح محبوباً له باعتبار ان ضرر الاقدام عليه أقل من الضرر الذي توعد به المكره ، فيكون وقوعه من الزوج ترجيحاً لأقل الضررين ، وفي مثل ذلك يقع الطلاق باطلاً كما تنص على ذلك الادلة التي تعرضت لحكم الفعل الصادر بدافع التخلص من ضرر المكره .

الثاني : أن يكون الطلاق محبوباً للمطلق من حيث ذاته ، فيكون الاكراه

١ ـ انظر هذه الفروض في نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ١٩٥ و ١٩٦ ، والمكاسب مسالة الاكراه على العقد .

عليه مؤكدا رغبته في ايجاده ، ولا أشكال في صحة الطلاق في هذه الحالة ، لان بطلان الفعل الصادر عن اكراه انما هو من حيث ان الفعل مكروه للفاعل وغير مرغوب فيه ، ويكون اختيار ايجاده ترجيحاً لأقل الضررين ، ولا يتأتى جميع ذلك فيما لو كان الفعل محبوباً للفاعل كما هو المفروض .

الثالث : أن لا يكون الاكراه هو الدافع المستقل لانشاء الطـــلاق ، بل يكون الدافع متكوناً منه ومن رغبة المطلق في انشاءه على نحو تكون الدوافع النفسية المرجحة له لا تكفي بدون الاكراه لايجاده ، كما وان الاكراه بمجرده لا يلزم الزوج بانشاء الطلاق ، وقد رجح بعضهم في هـذه الصورة بطلان الطلاق لتعلق الاكراه به ، ولأن الجهات المرجحة له عند المطلق لا تكفي وحدها لأن تبعث الزوج على انشاء الطلاق، فالرغبة في ايجاده ليست بأقوى من الجهات المقتضية لمبغوضيته، فيكون انشائه والحال هذه بدافع التخلص من ضرر المكره (١)

ثم ان الضرر الذي يتوعد به المكره ، تارة يكون موجهاً على أحد المتعاقدين، وأخرى يتوجه على غيرهما كالزوجة والولد ونحوهما مما يهمه أمره ، ومرة يكون متجهاً لاجنبي عن المتعاقدين ، كما لو قال المكره لشخص طلق زوجتك او بع سيارتك والا قتلت فلاناً ، وقد يكون الضرر الذي توعده به المكره موجهاً إلى المكره نفسه ، كما لو قال له بع دارك وإلا قتلت نفسي او ولدي ، أما الصورة الأولى والثانية ، فيصدق فيها الاكراه لأن ايجاد الفعل الذي تعلق به الاكراه لم يكن إلا بدافع التخلص من ضرر المكره ، وفي غيرهمـــا من الصور لا يؤثر الاكراه في العمل المكره عليه شيئاً ، لأن الفعل لم يصدر عنه بدافع التخلص من

---

١ ـ لا يبعد في هذه الصورة ان يصح منه الطلاق ولو تعلق به الاكراه ، ذلك لان الباعث على ايجاده يتالف من عنصرين خوف الضرر الذي توعد به المكره وموافقة الاكراه لما هو كامن في نفس المكره من حيث وجود بعض الجهات المقتضية لمحبوبيته ، والاكراه ينحصر فيما يكون الداعي الفرار من الضرر الذي توعد به المكره .

الضرر ، حيث ان قتل الأجنبي عن العاقد ليس ضرراً عليه ليتهرب منـــه بالعقد او الطلاق .

ولا فرق في الضرر بين أن يكون دنيوياً كما لو توعده بأخذ ماله ، أو دينياً كما لو توعده بمنعه عن الصلاة والصيام ونحوهما من الواجبات (١)

وكيف كان فالرأي الشائع بين المتأخرين من فقهاء الإمامية : ان المكره لو رضي بالعقد بعد صدوره منه بدافع التخلص من الضرر وطابت نفسه به يصح العقـــد ويؤثر في النقل والانتقال .

ونص السيد محمد في الرياض ، والشيخ يوسف البحراني في موسوعته الفقهيـــة الحدائق : ان المتأخرين من الفقهـــاء متفقون على ان عقد المكره يصح ويلزم إذا لحقه الرضا وطابت نفس العاقديه ، ذلك لأن العقد الصادر عن اكراه جامع لكل ما يشترط في العقد من الصيغـــة والقصد وغير ذلك من الشروط والاجزاء التي يتكون منها العقد ، ولم يفقد سوى الرضـــا وطيب النفس ، فاذا رضي به بعد ذلك يزول المانع عن صحته ويؤثر الأثر المطلوب منه .

وفي مقابل هذا الرأي نص جماعة من الفقهاء القدامى على ان عقد المكره بعد ان صدر منه فاقداً للرضا وبدافع التخلص من الضرر الذي توعده بـه المكره لا يؤثر فيه الرضا اللاحق ، لأن الأدلة العامة المشرعة للعقود تدل على مشروعيتهـا إذا اقترنت برضا المتعاقدين ، اما بنحو سابق على العقد او مقارن له كما يظهر ذلك من الآية الكريمة .

ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، هـــذا بالاضافة إلى حديث الرفع الذي يدل بمقتضى اطلاقه على رفع جميع الآثار الثابتة

---

١ ــ انظر نهج الفقاهة ص ٢٠٠ و ٢٠١ .

العقد إذا صدر عن اكراه ، على ان عقد المكره بعد ان كان الاكراه موجباً لسلبه الآثار الثابتة له ، يصبح كعقد الهازل والصبي ونحوهما ، ومن الثابت ان الرضا المتأخر لا يسترجع به العقد حياته بعد موته كما نص على ذلك جميع الفقهاء.

وقد اعتمد انصار القول بكفاية الرضا المتأخر في صحة العقد وتأثيره على ان الآية الكريمة التي اعتبرت الرضا وطيب النفس من الشرائط الأساسية في العقود ، لا يستفاد منها أكثر من اقرار مبدأ الرضا في الإتجار الذي تستباح به الأموال ، وليس في الآية ما يدل على ان الرضا لا بد وان يكون سابقاً او مقارناً للتجارة بنحو لا يكفي لو كان لاحقاً لها ، ولو افترضنا ان التراضي في الآية اخذ بنحو الصفة للتجارة لو افترضنا ذلك لا ينتج منها عدم حلية أكل المال إذا لم تكن التجارة متصفة بهذه الصفة كما يحاول بعضهم ان يثبت عدم كفاية الرضا اللاحق من هذه الناحية ، وذلك لأن القضية الموصوفة انما يستفاد منها انتفاء الحكم عن الموضوع الفاقد للصفة بشرطين الأول: ان يكون الوصف وحده علة لثبوت الحكم، الثاني : ان لا يكون ذكر الوصف في القضية من جهة انه من الأوصاف التي تلازم افرادها في الغالب ، ومن الجائز القريب ان يكون الوصف في الآية لو اعتبرنا الرضا وصفاً للتجارة منزلاً على الغالب لا لخصوصية فيه ، كما هو الحال في آية تحريم الربائب ، قال سبحانه تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » .

وعليه فلا يكون اشتراط الرضا ولو كان وصفاً مقارناً مقتضياً لعدم حلية المال بالرضا المتأخر . اما حديث الرفع الذي استدل به انصار القول بعدم كفاية الرضا اللاحق ، هذا الحديث لا ينفع القائلين بذلك ، لأن المرفوع بالحديث المذكور هو الشيء الثابت على المكره لولا الاكراه ، اما الشيء الثابت له فلا يرتفع بالحديث الشريف ، والرضا بالعقد حق له لا عليه هذا بالاضافة الى ان المستفاد من حديث الرفع ان الحكم الثابت للفعل لولا الاكراه مرفوع بسبب الاكراه، وهذا المعنى موجود حتى لو بنينا على الاكتفاء بالرضا اللاحق ، لأن أثر العقد لولا الاكراه

نقل الملكية من كل من الطرفين إلى الآخر ، هذا الاثر مرفوع بحديث الرفع ، والاكتفاء بالرضا اللاحق لا يتنافى مع هذه النتيجة ، حيث ان الاكتفاء بالرضا المتأخر يرجع في واقع الامر إلى ان العقد جزء السبب الناقل والجزء الآخر هو الرضا اللاحق له ، وكون العقد جزء السبب الناقل انما حصل بواسطة الاكراه ، فلا يمكن ان يكون الاكراه رافعاً له . على ان الاعتماد على حديث الرفع لابطال مفعول الرضا اللاحق وعدم الاكتفاء به ، يتنافى مع الغاية التي من أجلها الغى الشارع العقود والافعال التي توجد نتيجة للاكراه والاضطرار ، فان الغاء هذه الافعال للتسهيل والتوسعة على العباد ، وعدم الاكتفاء بالرضا اللاحق اعتماداً على الحديث مخالف للغاية نفسها وموجب للتضييق على المكرَه الراضي بمضمون العقد .

ومن مجموع ذلك تبين ان الادلة التي تدل على عدم تأثير العقد الصادر عن اكراه لا تدل على عدم تأثير الرضا اللاحق وكفايته في ترتيب الاثار المقصودة للمتعاقدين ، فيتعين الرجوع إلى الادلة العامة التي منها قوله تعالى ، أوفوا بالعقود ، واحل الله البيع ، ونحوهما الدالة باطلاقها على نفوذ العقد بعد أن يستكمل جميع مقوماته وشرائطه من جملتها الرضا وطيب النفس (١)

ثم انه بناء على ان العقد يصح بالرضا اللاحق ، فهل يصح العقد من حين صدوره وتترتب عليه آثاره ، بمعنى ان الرضا اللاحق يكشف عن صحته من أول الأمر ؟ او يصح من حين الرضا وطيب النفس بالعقد ؟ فمن نظر إلى ناحية الرضا باعتبار انه عبارة عن الموافقة على وقوع مضمون العقد خارجاً ، فإذا قام الدليل على الاكتفاء بالرضا اللاحق تعين ان يكون المراد منه اعادة الحياة إلى العقد واعتباره مؤثراً من حين صدوره ، ومن نظر إلى الرضا كشرط من شروط العقد وان العقد بدونه لا يؤثر التمليك اعتبر الرضا المتأخر كالقبض في بيع الصرف

---

١ ـ ورجح في الجواهر عدم الاكتفاء بالرضا اللاحق ، لان الاكراه موجب لخلو العقد عن القصد فيصبح كعقد الهازل والمجنون وغيرهما من العقود التي الغاها الشارع .

والسلم والهبة ، فكما ان التمليك في هذه العقود لا يحصل إلا بعد القبض فيها المتأخر عن العقد ، فكذلك الرضا المتأخر فانه لا يؤثر في التمليك إلا من حين صدوره ، فهو نظير الفسخ بالخيار الموجب لإنحلال العقد من حين صدوره (١).

وبعد ان انتهينا إلى هذا الحد من أحكام الاكراه بقي علينا ان نشير إلى أحكامه ولو اشارة موجزة في المذاهب الاسلامية الأربعة جرياً على المخطط الذي اتبعناه في هذا الكتاب .

*
* *

---

١ ـ لا يخفى أن تشبيه الرضا المتاخر بالقبض في العقود الثلاثة وبفسخ العقود الخيارية ، هذا التشبيه لا مبرر له ذلك لان القبض في العقود الثلاثة بوجوده المتاخر عن العقد من اركان العقد المملك ، فالعقد في باب الصرف والسلم والهبة لا يتم بدونه ، وعند حصوله يتم العقد بجميع اركانه ومقوماته فتترتب عليه اثاره ، اما الفسخ في مورد ثبوت الخيار فمرجعه الى عدم استمرار اثر العقد وانقطاعه من حين اختيار صاحب الخيار لفسخ العقد ، وتسميته فسخا للعقد باعتبار ان العقد اذا ارتفعت آثاره يكون كالعدم من اساسه ، فقياس الرضا المتاخر بهذه الامور من اسوأ انواع القياس .

الاكراه والمذاهب الاربعة

٢٢

لقد جاء في تعريفه كما في المبسوط للسرخسي والبدائع وغيرهما : انه فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا ويفسد فيه الاختيار ، من غير ان تنعدم به الأهلية عن المكره او يسقط عنه الخطاب ، وهو قسمان ، تام وناقص ، فالاكراه التام هو ان يجد الانسان نفسه مضطراً لفعل ما اكره عليه فراراً من القتل او قطع بعض الأعضاء.

والاكراه الناقص ، هو التهديد بالحبس او الضرب او منعه عن العمل ونحو ذلك مما لا يبلغ حدود القتل او التشويه بقطع بعض الأعضاء ، ولا بد من كون المكره قادراً على فعل ما هدد وتوعد به سواء كان صاحب نفوذ وسلطان او لم يكن (١) .

ويدعي الاحناف ان الاكراه الملجىء يزيل الاختيار والرضا معاً ، وغيره لا يزيل سوى الرضا ويبقى للمكره اختياره في الفعل ، وذلك لأن المكره قد توعده بالأذى في نفسه وماله ان لم يباشر ما أمره به ، وهو في هذه الحالة لا يخرج عن

---

١ ـ كما رجح ذلك الصاحبان ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، في حين ان استاذهما ابا حنيفة يرى ان الاكراه لا يكون الا من السلطان ، لانه ان اراد مكروها باحد لا يستطيع احد دفعه .

كونه مختاراً وقادراً على ان يفعل دفعاً لضرر المكره وعلى ان يترك يتحمل الضرر الموعود به .

ومجمل رأي الاحناف في المقام : ان الاختيار من العناصر الاولية في العقود ، فإذا وجد الاختيار مع غيره من الاركان يتم العقد ، وليس للرضا وطيب النفس تلك المزية التي هي للاختيار ، ذلك لأنه ليس من شرائط العقد ، وإنما هو من شرائط صحته فيتم العقد بدونه ويقع فاسداً ، فإذا كان أحد العاقدين مكرهاً وغير طيب النفس بالعقد يتم العقد ، لوجود جميع أركانه التي من جملتها الاختيار ، والمفقود ليس إلا الرضا وهو من شروط الصحة لا من شروط العقد (١) .

وقال الشافعي : ان الاختيار والرضا متلازمان فإذا ذهب أحدهما بالاكراه يذهب معه الآخر ، ذلك لأن المكره لا يمكن ان يكون مختاراً في الفعل المكره عليه وإذا فعله تهرباً من الضرر الموعود به فذاك لأنه أخف الضررين وأقلهما خطراً عليه ، ولازم ذلك بطلان عقد المكره لانه يفقد الاختيار حيث ان المنشيء للعقد لم يقصد المبادلة والتمليك وإنما قصد دفع الاذى والضرر عن نفسه .

واستدل الشوافع على ذلك بقول الرسول (ص) :رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولم يفرقوا في ذلك بين البيع والنكاح وغيرهما .

وبعد ان بنى الاحناف على ان الاكراه يوجب سلب الاختيار فرقوا بين النكاح والطلاق والعتق وبين العقود الاخرى التي يمكن ان لا تترتب عليها آثارها بمجرد

---

١ ـ انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد ابي زهره ص ١٩٢ ، وقد اورد وحيد الدين سوار من نصوص الفقه الحنفي ما يؤكد ان الرضا ليس عنصرا اساسيا في تكوين العقود وانه من شرائط الصحة ص ٤٤٧ .

صدورها كالبيع والإجارة ونحوهما ، فالنوع لاول من العقود والايقاعات لا تفسد بالإكراه ولا يمنع من صحتها عدم الرضا من المتعاقدين ما داما مختارين في الانشاء ، لان أحكامها وآثارها لا تنفصل عن صيغة العقد ، على ان الرضا ليس شرطاً في صحة النكاح والطلاق ، فان الرجل قد يتزوج من ابنة عمه مثلاً غير راض بها خضوعاً لتقاليد اسرته او لسبب آخر ، كما قد يطلق الرجل زوجته وهو سعيد بعشرتها ، ولكنه يفعل ذلك لرقة دينها او لإنحراف أخلاقها فيصح منه الزواج والطلاق مع عدم رضاه بها .

اما العقود الاخرى كالبيع والاجارة وغيرهما مما يقع منجزاً وغير منجز فلا تقع صحيحة مع الاكراه عند الفقهاء جميعاً لقوله تعالى :

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

ومع ان الشوافع والاحناف متفقون على ان عقود المعاوضات لا تصح مع الاكراه يبدو انهم يختلفون في حكمها من حيث صحتها بالرضا المتأخر،فالشوافع يدعون بأنه لو زال الاكراه ورضي المتعاقدان بالمعاملة تبقى على حكمها ولا ينفعها زوال الاكراه ، بينما يدعي أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن ان العقد يصح منها بالرضا اللاحق وتترتب على العقد آثاره (١) .

ونص الاستاذ الشيخ علي الخفيف : على ان الاحناف يكتفون بالرضا اللاحق في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والرهن والكفالة وغيرها ، وفي غير هذا النوع من المعاوضات كالنكاح والطلاق والعتق واليمين والرجعة فإن الاكراه لا يغير من طبيعتها شيئاً وتترتب آثارها بمجرد النطق بها اعتماداً على الحديث الذي

---

١ ـ انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٨ و ٣٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١ .

ينص على ان هذه الامور يستوي فيها الجد والهزل (١) .

ومن مجموع ذلك تبين ان احكام الاكراه لا تتعدى المعاوضات المالية ، ويتفق الاحناف مع غيرهم بالنسبة للنكاح وغيره من الايقاعات إذا استثنينا الشوافع الذين لم يفرقوا بين النكاح وغيره من العقود ، وفيما عدا ذلك فقد تفرد الاحناف في الاكتفاء بالرضا المتأخر ، بينما المذاهب الاخرى وقفت موقفاً سلبياً من هذه الناحية واعتبرت الاكراه موجباً لسلب الاختيار ، وان المكره لم يقصد ، بانشائه الافصاح عما في نفسه ، بل قصد الصيغة باعتبارها حركة لسانية تنجيه من الاذى المحدق به فهي من هذه الناحية أشبه بعبارة الناسي والمخطىء حيث انهما لم يقصدا من كلامهما شيئاً .

ومع هذا التصلب بالنسبة إلى المكره او الحاقه بالناسي والخاطىء نراهم بالنسبة إلى الهازل على العكس من ذلك ، فيصححون عقوده وجميع تصرفاته ، لأنه على حد زعمهم قد انشأ اللفظ عن قصد واختيار ، وبمجرد ذلك يكفي لترتيب الآثار ، وبما انه قاصد مختار فهو لا يملك تجريد الصيغة عن آثارها التي تلازم وجودها(٢) .

ويبدو من ذلك ان الجعفريين يتفقون مع غيرهم في تحديد شروط الاكراه كما ذكرها الاستاذ الخفيف في كتابه احكام المعاملات ، ويختلفون معهم بالنسبة إلى التفصيل بين المعاوضات المالية وغيرها كالنكاح والطلاق والعتق واليمين والرجعة ، فأحكام الاكراه تعم الجميع من غير فرق بين نوع وآخر ، كما يلتقي الاحناف مع الرأي المشهور الشائع بين فقهاء الشيعة من حيث الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد كما ذكرنا .

وإذا لاحظنا آراء المدنيين في هذه المسألة نراهم في الغالب لا يتخطون آراء الاسلاميين وبخاصة الجعفريين .

١ ـ انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ .
٢ ـ المصدر السابق ص ٢٢٧ .

قال الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد : ان الاكراه ضغط مادي او ادبي يقع على شخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، وإذا كان الضغط مادياً وبلغ حداً من القوة لا سبيل إلى دفعه فانه يعطل الارادة تعطيلاً كاملاً ويجعل الرضا معدوماً والعقد باطلاً (١) وليس هذا هو الاكراه الذي يعتبر عيباً من عيوب الارادة ، وانما المقصود فيه الاكراه الذي يدع للمكره شيئاً من الحرية ليختار بين ضرر يهدده وبين ابرام العقد المقترح عليه ، فاذا كان الخوف من الضرر الذي يهدده يحمله على تفضيل ابرام العقد تفادياً لحدوث ذلك الضرر، أمكن القول بأن ارادته اتجهت فعلاً إلى ابرام العقد ولكنها لم تكن حرة كل الحرية في هذا الاتجاه ، بل كانت مضطرة إلى سلوكه باعتباره أخف الضررين ، ولذلك يعتبر المشرع الاكراه الذي دفع الارادة في هذا الاتجاه عيباً يشوبها ويسمح بألا يترتب عليها مثل الأثر الذي يترتب على الارادة الحرة السليمة ، فيجعل عقد المكره قابلاً للابطال (٢) وقد نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني الجديد على تحديد معنى الاكراه وحكمه ، وجاء فيها يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

فلا بد وان يحدث تهديد الآمر رهبة في نفس العاقد ، وان تكون تلك الرهبة بلا حق ، أما لو كان الحق عليه كوفاء دين مستحق او اطعام عياله وأمثال ذلك فلا يتحقق الاكراه . ولا بد وان يكون الخوف الحاصل في نفس العاقد على نفسه او ماله او من يهمه أمره له منشأ صحيح ، فلو كان وهماً لا يستند على أساس صحيح لا يبطل العقد . ولا فرق في وسائل الضغط على المكره الموجبة لحصول

١ ـ لقد ذكرنا ان هذا النوع من الاكراه هو الالجاء ، وهو من مصاديق الاضطرار عند الجعفريين ولا يدخل في موضوع الاكراه المبحوث عنه في هذه المسالة ، وهو من جملة العناوين التي وردت في حديث الرفع .

٢ ـ لقد ذكرنا في تحديد معنى الاكراه عند الجعفريين . ان ارتكاب الفعل المكره عليه من حيث انالاقدام عليه اخف من ضررالمكره واقل خطرا منه لا من حيث ان العاقد مختار في اقدامه عليه .

الخوف بين ان تكون واقعة على المكره نفسه كما لو تهدده بالضرب او القتل والايذاء ، وبين ان تقع على شخص عزيز عليه كأبيه وأمه وولده وغير ذلك ممن يهمه أمره (١)

أما الضغط الحاصل من الأب على ولده ومن الزوج على زوجته ومن الاستاذ على تلميذه بنحو يكون الدافع على العقد مجرد الاحترام والتعظيم من غير ان يكون هناك ضرر مترتب الوقوع على تقدير المخالفة ، هذا النوع من الضغط لا يحقق الاكراه الموجب لبطلان العقد كما نصت على ذلك المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي (٢) .

والمهم ان يكون الضغط مهما كان مصدره موجباً لحصول الخوف والاضطراب في نفس العاقد ، بحيث يدفعه ذلك الخوف إلى العقد تهرباً من الضرر الأقوى ، وكما ذكرنا لا بد وان يكون للخوف مصدر صحيح ، كما لو صدر من الحاكم ، او ممن هو اقوى من العاقد ، ودلت ظروف الحال ان الضرر سيلحقه إذا لم ينفذ ما اكره عليه .

وجاء في المادة ١٢٧ في تحديد معنى الرهبة الباعثة على اجراء العقد : بأنها هي التي تقوم في ذهن العاقد نتيجة اعتقاده المستفاد من ظروف الحال ان خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو او غيره في النفس او الجسم او الشرف او المال سواء كان حالاً او مستقبلاً ، على شرط ان يكون التعاقد الواقع من المكره واقعاً بدافع

---

١ ـ لقد ذكرنا سابقا . انه لا فرق في الاكراه بين ان يكون الضرر واردا على العاقد او على من يهمه امره كزوجته وولده ونحوهما ، واذا كان على اجني عنه ، كما لو قال له بع دارك والا قتلت فلانا فلا اكراه في مثل ذلك ، انظر نهج الفقاهة ص ٢٠٠ و ٢٠١ ووسيلة النجاة للسيد ابوالحسن كتاب الغصب .

٢ ـ جاء في النص الفقهي الجعفري : لا بد في حدث الاكراه من توعدا لامر بالضرر على ترك الفعل ينجو يحصل منه الخوف فيختار انشاء العقد باعتبار ان ضرره اقل من الضرر الذي توعد به الامر .

الخوف من ذلك الضرر ، ويجب بالإضافة إلى ما تقدم ان يكون الضغط الذي بعث في نفس العاقد الخوف غير مستند الى حق للمكره .

اما لو كان الاكراه على البيع لوفاء الدين المستحق ، او للانفاق على من تجب نفقته عليه فلا يكون الاكراه موجباً لإبطال العقد ، ذلك لأن البيع وقع منه مقدمة لأداء واجب لا يمكنه اداؤه إلا بالبيع ، ولو قلنا بفساد هذا النوع من العقود لزمنا ان نقول بفساد اكثر المعاملات (١) .

ومن شروط الاكراه في الفقه المدني ان يكون الخوف من الضرر هو الباعث على اجراء العقد ، فلو خاف البائع من ضرر المكره ، ولكن البيع بذاته كان محبوباً له ، او كان له مصلحة في التعاقد تكفي بذاتها لأن تدفعه إلى البيع لا يؤثر الاكراه في المعاملة وقد نصت المادة ١٢٧ على هذا الشرط ، وجاء فيها إذا تعاقد اثنان تحت سلطان رهبة بعثها في نفسه (٢) .

وقد ذكرنا ما يتلائم مع هذه الشروط من نصوص الفقه الجعفري ، وجاء فيها : ان الفعل المكره عليه لا بد وان يكون مبغوضاً بذاته للمكره ، اما إذا كان محبوباً له وتعلق به الاكراه ، فلا يكون الاكراه والحالة هذه موجباً لإبطال العقد ، وكذلك لو كان له مصلحة لإيجاده بالاضافة إلى الاكراه عليه ، او كان الدافع على ايجاده مشتركاً بين الاكراه ومصلحة العاقد على نحو لا يكون كل واحد منهما بانفراده كافياً لأن يبعثه على التعاقد (٣) .

ولو لم يكن الاكراه من أحد المتعاقدين او من الغير ، بل كان من ظروف تهيأت بنحو الصدفة لا يد لأحد فيها ، ولكن أحد المتعاقدين قد استغلها لمصلحته

---

١ ــ انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٥٩ الى ص ٢٦٩ .
٢ ــ المصدر السابق .
٣ ــ انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٢٠٠ و ٢٠١ .

بما حمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد تهرباً من الضرر ، كما لو وقع شخص في خطر الغرق، فتقدم شخص لانقاذه بعد ان حصل منه على تعهد بمبلغ كبير من المال في مقابل انقاذه ، وكما لو استغل طبيب جراح مريضاً واقعاً تحت خطر الموت فاستأجره على اجراء عملية جراحية بمبلغ من المال لايعطى على مثلها عادة ، وكما لو كان على شخص مال مستحق لا سبيل له إلى وفائه إلا ببيع داره، ولم يوجد مشتري لها إلا بنصف ثمنها ، فاستغل شخص آخر حاجة صاحب الدار لوفاء دينه وعدم وجود مشتري لها ، فاشتراها بنصف ثمنها ، ففي هذه الامثلة ونظائرها لم يتوجه الاكراه من الغير ولا من احد المتعاقدين ، ولكن الظروف المفاجئة الضاغطة قد تهيأت من باب الصدفة فاضطرته إلى التعاقد ليتخلص مما هو فيه من الضغط إلى بيع داره واستئجار الطبيب ونحو ذلك ، هذه الظروف المفاجئة مهما بلغت لا توجب بطلان العقود الواقعة بسببها ، لأن بطلان عقد المكره اما لأنه قد اكره عليه بنحو يصبح مضطراً اليه ليتخلص من الضرر المحدق به ، او لأن الاكراه ينتج منه عدم الرضا بالمعاملة كما ذكرنا ولا شيء منهما في المقام ، لأن هذا النحو من العقود المفترضة لم تصدر من العاقد إلا بداع الحاجة الملحة إلى صدورها ولم تفقد الرضا وطيب النفس ، وكل ما في الأمر ان الرضا بالنسبة اليها ليس ذاتياً ، ولا يشترط في صحة المعاملة اكثر من الرضا بها ولو كان عرضياً ، ولذلك لم يتردد احد من الفقهاء بصحة العقد فيما لو اضطرته الظروف اليه لوفاء ديونه أو للانفاق ونحو ذلك ولو كان بأقل من الثمن (١)

وقال الدكتور السنهوري في الوسيط : وقد ذهبت النظرية التقليدية في الاكراه إلى التمييز بين هذا الفرض ، والفرض الذي يصدر فيه الاكراه من الغير، فان الاكراه من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى يتزعزع منه الرضا، ومن ثم يؤثر في صحة العقد ، أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري شروط المتعاقدية ونهج الفقاهة للسيد الحكيم وغيرهما من مجاميع الفقه الشيعي .

على الارادة قد تهيأت مصـــادفة ، ولم يكن الفرض منهـــا الضغط على ارادة المتعاقدين ، ولم يفعل المتعاقد الآخر شيئاً إلا انه استغلهـــا عند تعـاقده ، وقد اعتبرت المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي في الاكراه أن يكوت منتزعاً للرضا ، لذلك فان هذا النوع من الاكراه الذي تهيأت ظروفه صدفـة لا يؤثر على صحة العقد ، وبعد أن اورد هذه التفرقة عن القانون المـدني الفرنسي رجـح تحقق الاكراه في جميـع هذه الفروض من غير فرق بين الاكراه الصادر من الغير وبين هذا النوع من الاكراه ، لأن ارادة المتعاقدين لم تكن حرة في المقـام ولم تصـدر إلا تحت تـأثير الضغط ، ولا فرق بين ان يكون مصدر الضغط أحـد المتعاقدين او شخص غيرهما او ظروف خارجية لا يد لأحد فيها (١)

*
* *

١ ـ انظر الوسيط ص ٣٥٢ و ٣٥٣ .

الفضولية في العقود

٢٣

ونعني بهذا النوع من العقود ، ان يتصرف الانسان في ملك غيره بالبيع او الشراء او بغيرهما من انحاء التصرفات من غير ان يكون مأذوناً او وكيلاً او ولياً عن المالك في شيء من تلك التصرفات ، فيكون والحالة هذه فضولياً في تصرفاته في هذه الحالة ، ومن أمثلته ما لو زوجت الباكرة الرشيدة نفسها من شخص من غير ان يأذن لها الولي بذلك بناء على ان اذن الولي شرط في صحة العقد ، او زوجها شخص من آخر بدون اذنها ، وكما لو باع الراهن العين المرهونة والسفيه المال الذي بيده والأجير العين المستأجرة ونحو ذلك ، ويكون العاقد فضولياً حتى ولو علم برضا المالك بالبيع ما لم يكن مأذوناً في اجراء العقد .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : وكيف كان فالظاهر شموله لما اذا تحقق رضا المالك بالتصرف باطناً وطابت نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً او فحوى ، لأن العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك، ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً او مأذوناً او ولياً، وأضاف إلى ذلك : ان الفقهاء استدلوا على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي (١) ، مع

---

١ ـ فلقد جاء فيها ان النبي (ص) دفع له دينارا ليشتري به شاة للاضحية فذهب واشترى به شاتين باع احدهما بدينار وابقى واحدة جاء بها مع الدينار الى النبي (ص) فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك ، مع العلم بانه لم يكن ماذونا في شراء شاتين ولا بيع الشاة بعد ان اشتراهما وقد اقر النبي منه هذا التصرف .

ان ظاهر الحال يدل على انه كان يعلم برضا النبي (ص) في هذه المعاملة ، ولكنه رجع أخيراً ورجح خروج ما لو علم العاقد برضا المالك عن الفضولي ، سواء علم بذلك حين العقد او انكشف له بعد ذلك ولا يتوقف لزومه على الاجازة من المالك ، لأن أدلة الوفاء بالعقود وحلية الأموال بالتجارة شاملة لهذا الفرض وأضاف يقول : ولو توسعنا في الفضولي لكل عاقد يتصرف في أموال الغير ولو كان عالماً برضا المالك حين العقد ، لو توسعنا وسمينا العقود الصادرة من غير المالك فضولية في مثل هذه الحالات يتعين الاكتفاء بالرضا المقارن او الحاصل بعده عن الاجازة من المالك (١) .

ثم ان الفضولي تارة ينشأ العقد نيابة عن المالك ، وأخرى ينشأ العقد لنفسه ، وفي الصورة الأولى مرة يكون مسبوقاً بمنع المالك ، وأخرى لا يكون العاقد مسبوقاً بعدم رضا المالك وهذا الفرض من أظهر المصاديق المبحوث عنها في هذه المسألة ، والرأي الفقهي الشائع بين الفقهاء الجعفريين هو صحة العقد إذا لم يكن مسبوقاً بنهي المالك عنه ، ونص العلامة الحلي في التذكرة على اتفاق علماء الطائفة عليه ، وحجتهم في ذلك ان هذا النوع من العقود لم يفقد إلا الاذن من المالك في المعاملة ، وليس في أدلة العقود ما يشير إلى ان الاذن السابق على العقد شرط في صحته ، ولا يستفاد من تلك الأدلة اكثر من اعتبار الاذن إذا لم يكن العاقد مالكاً ، فإذا أجاز المالك العقد ورضي به بعد صدوره من الفضولي يتم العقد بجميع مقوماته وشروطه .

وجاء في نهج الفقاهة : ان المراد من قوله تعالى : اوفوا بالعقود هو وجوب الوفاء على كل عاقد بعقده باعتبار انه قد التزم به ، والالتزام المصحح لنسبة العقد إلى المالك كما يحصل بالاذن لغيره في انشائه كذلك يحصل باجازته له بعد قيام الغير بانشائه ، ذلك لأن نسبة العقد إلى المالك لا تتوقف على صدوره منه ، لأن عقد

---

١ ـ انظر شرائط المتعاقدين مبحث الفضولي من المكاسب .

الوكيل والمأذون تصح نسبتها إلى الموكل والآذن مع انهما لم يصدرا منهما، فيتعين كفاية الالتزام في جواز نسبة العقد إلى المالك ، والالتزام كما يحصل بانشاء العقد مباشرة يحصل ايضاً بالاذن باجراء العقد وبالاجازة والرضا المتأخرين عنه (١) .

ومن جملة الأدلة على صحة الفضولي ما جاء في الحديث : ان النبي (ص) دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة للأضحية ، فاشترى به البارقي شاتين وباع احدهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي (ص) فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك .

فإن البيع الصادر من عروة للشاة لم يكن مأذوناً به ولو كان الفضولي فاسداً لم يملك المشتري الشاة ولا البائع للدينار ، مع ان النبي (ص) بارك هذا العقد وأقر عروة على معاملته .

على ان فريقاً من الفقهاء يرى ان التصرف الحاصل من عروة البارقي كما جاء في الحديث الحاكي له خروج عن حدود الفضولية المبحوث عنها في هذه المسألة، ذلك لأن عروة قد استلم الثمن وسلم الشاة إلى المشتري ، وليس للفضولي حق التصرف في المبيع وثمنه ، حتى ولو بنينا على صحة العقد الصادر منه ، فلا بد والحالة هذه من أحد أمرين ، اما خروج هذا النوع من المعاملات المقرونة برضا المالك عن الفضولية والاكتفاء بالرضا الباطني عن الاذن الصريحة في مقام التصرف بمال الغير بيعاً وشراء وغير ذلك .

واما بأن يكون التسليم الصادر من عروة إلى المشتري مصدره علمه برضا النبي (ص) واستلامه للثمن كان بنحو الامانة باعتبار ان المشتري كان يعلم بأن البائع غير مالك ولا مأذون في مثل هذا التصرف فيكون العقد فضولياً في مثل

---

١ ـ انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم .

ذلك ، ويصح اعتبار الحديث الحاكي لفعل عروة واقرار النبي (ص) له دليلاً على صحة الفضولي ، ولكن ليس في الحديث المذكور ما يرجح ارادة هـــذا المعنى منها (١) .

ومن أدلة الفضولي ما جاء عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) : ان علياً (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراهـا فولدت منه ، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغـير اذني ، فقال علي (ع) : الحكم ان يأخذ وليدته وابنها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال (ع) خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيـع لك ، فلما رآه أبوه قال: ارسل ابني . قال: لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيـع ابنه .

ومجمل المعنى المتحصل منها، هو ان الامام (ع) أشار على المشتري ان يأخذ ابن المالك في مقابل ولده حينما رفض امضاء البيـع الصادر من ولده، وكان من نتيجة ذلك ان المالك حينما رآه مصراً على ان يأخذ ابنه عوضاً عن ولده، أجاز البيـع وتم للمشتري ملك الجارية بالعقد الصادر فضولاً وبالإجازة من المالك ، وهذه الرواية أصرح على صحة الفضولي من رواية عروة السابقة ، ولكن الشيء الذي دعا جماعة مـن الفقهاء للتشكيك في دلالتها على صحة الفضولي ، هو ان القائلين بأن العقد الواقع من غير المالك يصح وينفذ باجازة المالك إنما يقولون بذلك إذا لم يرفض المـــالك العقد اولاً ، اما إذا رفض العقد فلا تنفع الاجازة بعد ذلك ، والذي يستفاد من هذا الحديث ان المالك لم يوافق على العقد الصادر من ولده ووقف مع المشتري موقف الخصومة، ولولا ان المشتري قد حاول ان يحبس له ولده لما أجاز البيـع (٢)

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ الانصاري ومنيـة الطالب للخونساري .

٢ ـ انظـر الجواهـر للشيخ محمد حسن النجفي مبحث الفضولي من كتاب المتـاجر ، والذين اعتمدوا على الحديث واعتبروه من ادلة الفضولي لم يغفلوا عن ان الاجازة بعد الرد لا تنفع لتصحيحه ولكنهم يدعون ان موقف المالك من المشتري ليس صريحا في رد البيع وعدم الموافقة عليه ، فامضائه بعد ذلك دليل على انـه كان مترددا في الرد او الالتزام .

واستدل انصار الفضولي بالاضافة إلى ما ذكرناه ببعض النصوص التي تدل على صحة النكاح الواقع فضولاً عن احد الزوجين او وليها ، ومن ذلك ما جـاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) قال : سألته عن مملوك تزوج بغير إذن من سيده : فقال (ع) ذاك إلى سيده ان شاء أجـازه وان شاء فرق بينهما ، قلت اصلحك الله : ان الحكم بن عينيه وابراهيم النخعي واصحابها يقولون ان أصل النكاح فاسد لا تحلله اجازة السيد فقال (ع) : انه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، فاذا أجاز فهو له جائز » .

فقد وضع الإمام (ع) مبدأ عاماً مفاده ان معصية الله سبحانه لا يمكن لأي شخص ان يكفر عنها ، واما معصية العباد بعضهم لبعض فمن حيث ان مخالفة بعضهم لبعض فيا هو مشروع بذاته ، هذه المعصية يمكن زوالها باجازة صاحب الحق وموافقته على العقد ، وما نحن فيه العقد الصادر من المملوك باعتبار انـه مشروع بذاته وليس فيه معصية إلا للمالك فلو أجازه ورضي به يكون صحيحاً ونافذاً ، وإذا صح النكاح فضولياً بالاجازة من صاحب الحق تصح الفضوليـة في البيـع وغيره من العقود بالأولوية لأن الشارع قد تشدد في النكاح واحتاط فيـه اكثر من الاموال ، هذا بالاضافة إلى ان السؤال وان كان بالنسبة للنكاح الواقع من العبد بدون اذن من سيده ، إلا ان الإمام عليه السلام في الجواب لم يقتصر على مورد السؤال بخصوصه ، بل وضع أصلا عاماً ينطبق على كل تصرف في حقوق الآخرين من غير فرق بين النكاح وغيره من العقود ، لأن المقصود بقوله (ع) لم يعص الله وإنما عصى سيده ، هو ان كل ما كان مشروعاً وليس معصية لله ولو كان فيه حق للغير يصح وينفذ اذا رضي صاحب الحق وأجاز ذلك التصرف ، وبناء على ذلك يكون الحديث بعمومه دالاً على حكم بقية العقود ، ولا نحتاج إلى الأولوية التي اعتمد عليها بعض الفقهاء في تسرية هذا الحكم من النكاح إلى غيره من العقود المالية .

وقد أضاف القائلون بصحة العقد الواقع فضولياً إلى هذه الأدلة بعض النصوص

التي تعرضت لحكم الإتجار بمال الصبي وعقود المضاربة كما يبدو ذلك للمتتبع في المجاميع الفقهية الجعفرية ، ولا يعنينا ان نتعرض لكل ما قيل حول هذه المواضيع .

ومهما كان الحال فقد تبين مما ذكرنا ان القول الشائع المشهور بين الفقهاء هو الاكتفاء بالعقد بعد الإجازة من المالك اعتماداً على القواعد العامة وبعض النصوص الواردة في البيع والنكاح وغيرهما .

اما القائلون بالفساد فقد استدلوا بقوله سبحانه : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض ، حيث ان الآية قد نصت على ان التجارة التي يحل فيها أكل الاموال هي التي تقترن برضا المتعاقدين،والتجارة بنحو الفضولية لم تقترن برضا المالك .

وأجاب القائلون بصحة عقد الفضولي إذا ألحقته الاجازة من المالك : بأن الآية لا تدل على اكثر من الرضا بالتجارة شرط لحلية أكل المال ، والمفروض وجود هذا الشرط بعد اجازة المالك، على ان الخطاب بالآية لأصحاب الاموال،والتجارة الواقعة فضولاً انما تنسب الى مالك المبيع بعد الاجازة ، وفي هذا الظرف تكون مقرونة بالرضا فتشملها الآية حتى ولو بنينا على ان المستفاد منها مقارنتها لهذا الشرط وهو الرضا .

ومن أدلتهم ما جاء عن النبي (ص) انه قال لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » .

حيث ان النهي عنه لأجل انه لا يقدر على تسليمه للمشتري، والفضولي لا يقدر على تسليم المبيع وليس له هذا الحق حتى عند القائلين بصحة عقده إذا لحقته اجازة المالك .

وجاء عن الامام الحسن العسكري (ع) انه قال : الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها او بأمره او برضا منه .

وروى محمد بن مسلم : ان رجلًا اشترى من امرأته بعض القطائع فكتب اليها كتاباً قد قبضت المال ولم يقبضه، أيعطيها المال أم يمنعها؟ قال الامام (ع) بل يمنعها أشد المنع : انها باعت ما لم تملكه . وقد أجاب القائلون بصحة الفضولي عن هذه المرويات ، بأن المنع عن بيع ما ليس ملكاً للبائع ، وما ليس عنده متجة لصورة ما لو باع العاقد لنفسه كما هو الظاهر منها ، فيكون النهي عن هذا النوع من البيع مرجعه إلى عدم تماميته للبائع ، وهذا لا يمنع من وقوعه للبائع إذا جاز البيع الواقع على ماله .

والنص الذي رواه محمد بن مسلم عن الإمام (ع) لا يدل إلا على عدم جواز تسليمها الثمن ، والقائلون بصحة الفضولي لا يعارضون في ذلك ، ويلتزمون بأن المشتري ليس له ان يسلم الثمن الى العاقد الفضولي إلا اذا اذن له المالك .

الصورة الثانية : ان يكون البيع من الفضولي مسبوقاً بمنع المالك ، وقد نص جماعة من الفقهاء القائلين بصحة البيع في الصورة الاولى على بطلان العقد في هذه الصورة ، واحتجوا لذلك بأن المنع السابق على العقد يبقى أثره مستمرا إلى ما بعد العقد ، فلا تنفعه الاجازة من المالك .

قال الشيخ مرتضى الانصاري: والمشهور ايضاً صحته ، وحكي عن فخرالدين(١) ان بعض المجوزين للفضولي ، قد اشترط ان لا يسبقه المنع من قبل المالك وأضاف الى ذلك قوله : ويلوح اليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي ، ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ، على انه ان نكح بعد منع مولاه وكراهته

---

١ ـ فخرالدين احد فقهاء الامامية .

له ، ومن ذلك تبين ان القول بفساد العقد في هذه الصورة لا مدرك له إلا ان المنع السابق يبقى أثره مستمراً الى ما بعد العقد ، وعدم الرضا بالعقد ولو زمناً يسيراً بعده يكفي لبطلانه وعدم تأثير الاجازة المتأخرة فيه ، ويؤيد ذلك ان المحقق علل فساد بيع الغاصب ، بأن الغصب قرينة على عدم الرضا بالعقد ، والمنع السابق يبقى مستمراً ما لم يتبين من المالك خلافه .

ولكن أكثر الفقهاء لم يفرقوا بين هذه الصورة والصورة السابقة ، ذلك لأن عدم الرضا المستصحب الى ما بعد العقد ليس رداً للعقد حتى لا تنفع فيه الاجازة، هذا بالاضافة الى ان رواية محمد بن قيس المتقدمة قد نصت على صحة البيع بعد الاجازة المتأخرة مع العلم بأن المالك لم يرض بالبيع الصادر من ولده بدليل انه قد وقف مع المشتري موقف الخصومة الكاشف عن عدم رضاه، ولولا ان المشتري أراد ان يحبس ولده لما أجاز البيع .

على ان النصوص التي تعرضت لحكم نكاح العبد ، لقد نصت على ان معصية السيد لا تمنع من تأثير الاجازة ، ويؤيد ذلك ان المكره إذا رضي بعد ذلك وأجازه يصح منه ، مع ان العقد حين صدوره من المكره كان فاقداً للرضا إلى حين صدور الاجازة المتأخرة .

ومهما كان الحال فالمشهور بين الفقهاء عدم الفرق بين ان يكون العاقد مسبوقاً بمنع المالك عن العقود وبين عدمه ، لان العقد تام من جميع جهاته ما عدا اذن المالك ورضاه ، فاذا رضي بعد ذلك يستوفي العقد جميع شروطه ولم يعد ما يمنع من تأثيره الاثر المقصود للمتعاقدين .

الصورة الثالثة : ان يبيع الفضولي لنفسه ، وأكثر ما يكون ذلك في بيع الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً ، فانه يبيع المال المغصوب بقصد تملك الثمن ،

والمشهور بين الفقهاء صحة البيع في هذه الحالة للمالك الواقعي إذا أجاز العقد، لأن العقد تام من جميع جهاته، ولم يفقد سوى رضا المالك، فاذا رضي به واجاز البيع تشمله تلك الادلة التي تنص على وجوب الوفاء بالعقود والعمل بما يقتضيه ذلك العقد ولا يمنع من ذلك قصد البائع ان يكون البيع لنفسه، لان المبادلة المقصودة بالبيع تقتضي وضع كل من العوضين مكان الآخر ودخول الثمن في ملك من خرج المثمن عن ملكه، وقصد البائع ليس جزءاً من المعاوضة لانه لم يقصد ذلك إلا لانه يرى نفسه مالكاً ولو ادعاء فيكون المقصود في واقع الامر البيع للمالك، هذا بالاضافة إلى ان صحيحة محمد بن قيس السابقة التي نصت على نفوذ العقد بالاجازة هذه الصحيحة موردها هذه الصورة كما يبدو ذلك بعد التأمل فيها، كما وان بقية الادلة والمؤيدات التي اعتمد عليها انصار الفضولي في الصورتين السابقتين، بعينها تجري في هذه الصورة، وتنفرد هذه المسألة عن غيرها من مسائل الفضولية بأن الحملة ضدها اوسع انتشاراً واكثر انصاراً وقد تناولها خصوم الفضولية بالنقد من جهتين.

الاولى : ان البائع اذا قصد البيع لنفسه، هذا القصد منه لا يتفق مع المعاوضة الحقيقية لان مقتضى المعاوضة ان يكون كل من العوضين قائماً مقام الآخر، فاذا كان المبيع ملكاً لغير البائع فمن اللازم ان يكون الثمن لمالك المبيع بمقتضى كونه عوضاً عنه، فاذا قصد البائع ان يكون الثمن له هذا القصد مع قصد المعاوضة الحقيقية متنافيان، لأن قصده ان يكون الثمن له يرجع إلى عدم كونه عوضاً عن المبيع، وقصد المعاوضة الحقيقية معناه ان الثمن قائم مقام البيع.

الجهة الثانية : ان الإجازة الصادرة من المالك إذا تعلقت بالعقد كما أوقعه العاقد، لزم ان يكون الثمن للعاقد الفضولي لا للمالك المجيز، وان لم تتعلق بالعقد كما انشأه العاقد بأن أجاز البيع لنفسه، لم تكن اجازة للعقد، فلا يكون

العقد الواقع من الفضولي مجازا .

والجواب عن الجهة الأولى : ان المنافات بين قصد البائـــع البيع لنفسه والمعاوضة الحقيقية انما تلازم إذا لم يكن الغاصب بانياً على ملكية المغصوب ولو عدواناً وادعاء ، حيث انه بناء على ذلك لا يتأتى منه قصد المعاوضة الحقيقيـة ، اما لو كان الغاصب البائع بانياً على ملكية المبيع او على كفاية التسلط عليه في مقام البيع، فيتم منه قصد المعاوضة الحقيقية،ولا يترتب أثر على قصده بخصوص ملكية الثمن بمعنى ان هذا القصد لا يملكه الثمن .

والجواب عن الجهة الثانية : ان المقصود من العقد هو المعاوضة بين المالين ، وخصوصية كون الثمن للبائع ، والمبيع للمشتري من المقارنات الخارجية عـــن المقصود الأولي للمتعاقدين الذي هو عبارة عن تبديل المالين لا غير،والاجازة للعقد مرجعها الى الرضا بالثمن في مقابل المبيـع والخصوصيات المقارنة للعقد لم تتعلق بها اجازة المالك ، وليست موضوعاً لأثر شرعي من حيث ان الشارع قد ألغى قصد العاقد في مثل هذه الحالات ، نعم لو كانت خصوصية كون الثمن للبائع او للمالك هي المقصود الأصلي من العقد او من جملة مقاصد المتعاقدين ، فلا تكون اجازة المالك اجازة للعقد ويكون المجاز غير المقصود من العقد (١) .

ورجح الشيخ جعفر كاشف الغطاء ، ان البيع في المقام يصح للغاصب ، وذلك لأن اجازة المالك للعقد الواقع من الغاصب القاصد لتملك الثمن،هذه الاجازة للعقد من المالك الواقعي للبيـع مرجعها الى تمليكه المبيع ، نظير ما لو قال له المالك اشتري بمالي داراً او طعاماً لنفسك حيث ان الاذن له بالشراء يرجع إلى تمليكه المال فيكون الشراء من ماله ، والاجازة في المقام تعطي هذه النتيجة ، وليس في ادلة العقود ما يعين دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض،وكل ما يستفاد منها

---

١ ــ انظر نهج الفقاهة ص ٢٢٣ .

حلية البيع ووجوب الوفاء به ، وليس هو إلا المبادلة بين المالين (١) .

ولا فرق بناء على صحة الفضولي بالاجازة بين ان يكون بالعقد او التعاطي عند أكثر القائلين بصحته .

قال الشيخ الانصاري في المكاسب: والظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة ، بناء على افادتها للملك ، فان التقابض بين فضوليين أو فضولي وأصيل إذا وقع بقصد انشاء التمليك واجازة المالك يتم به البيع من حين الاجازة او من حينه وتشمله عمومات البيع والتجارة كما تشمل التعاطي بين أصيلين او وكيلين ، هذا كله بناء على ان المعاطاة تفيد الملك اما بناء على انها لا تفيد أكثر من اباحة التصرف كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء ، فلا مجال لصحتها من غير المالك ، لان قصد الاباحة بالإعطاء من الطرفين انما يؤثر في اباحة التصرف إذا كان من المالك ، فلو وقع من غير المالك يكون لغواً ، ولا تنفعه اجازة المالك لانها عبارة عن تسليط الغير على التصرف ، وهي بهذا المعنى اباحة للتصرف لا اجازة لعمل سابق في الوجود عليها .

ومهما كان الحال فتحقق الفضولية بالتعاطي بين فضوليوأصيل او بين فضوليين كانت هدفاً لهجوم جماعة من الفقهاء ، من حيث ان التعاطي قوامه التسليم والتسلم من الطرفين ، وهما من شؤون المالك او المأذون في التصرف ، والفضولي ليس مالكاً ولا مأذوناً ، فلا يحل له ان يتصرف في أموال غيره أخذاً وإعطاء هـذا بالاضافة إلى ان التمليك بالفعل لولا السيرة الجارية بين الناس على الاكتفاء به في التعبير عن ارادة المتعاقدين ، لولا ذلك لكانت الالفاظ هي الوسيلة الوحيدة في

---

١ ـ لا يخفى ان اجازة العقد من قبل المالك انما يتصور رجوعها الى تمليك العاقد المبيع فيما لو اجاز العقد مع علمه بالغصب ولم يكن قاصدا باجازته تملك الثمن ، اما لو قصد ذلك كما هو المفروض في المقام فلا يبقى مجال لقياس هذه المسالة بمن اذن لغيره بشراء دار او طعام بماله حتى ولو كان عالما بالغصب ، انظر منية الطالب والمكاسب .

المعاملات والعقود ، والسيرة الجارية بين الناس على الاكتفاء بالتعاطي مختصة بالتعاطي من المالكين ، فالتعدي إلى التعاطي من غير المالك بقصد انشاء التمليك يحتاج إلى دليل (١) .

*
* *

١ ـ وقد اجاب الذين توسعوا في الفضولية: بان الفضولية لا تحتاج الى التسليم والتسلم في جميع الحالات لان الفضولي قديشتري لغيره في الذمة كما لو استلم المبيع من مالكه بثمن في ذمة المشتري ، هذا بالاضافة الى انه قد يحصل الاقباض والاستلام من الفضولي برضا المالك ، بناء على ان مجرد الرضا لا يوجب خروج العقد عن الفضولية كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء ، على انه لو التزمنا بحرمة التسليم والتسلم من طرف الفضولي ، فلا يلزم من ذلك فساد المعاملة، لان النهي عن المعاملة لا يقتضي فسادها فيما لو تعلق بانشاء المعاملة ومن خصوص انشاء التمليك بالتعاطي ، فان العرف لا يفرق بين انشائه بالتسليم والتسلم من المالكين او من فضولي واصيل بعد ان كان يعتبر التعاطي من وسائل التمليك والمعارضة .

اجازة المالك لعقد الفضولي

٢٤

لقد ذكرنا ان المشهور بين فقهاء الجعفريين ان العقد الصادر من غـير المالك فضولاً عنه يصح بالاجازة المتأخرة من المالك ويصبح نافـذاً كغيره من العقود الواقعة بين اصيلين ، والقائلون بأن العقـد لولا الإجازة يكون لغواً اختلفت آراؤهم في ان الاجازة تؤثر في العقد من حين صدوره او من حينها فذهب الى كل رأي فريق من العلماء ، وقد وصفها القائلون بأنها لا تؤثر إلا من حين صدورها بالنقل، ووصفها القائلون بأن لها مفعولاً رجعياً بالكشف ، ومعنى ذلك هو ان الإجازة اللاحقة إذا لم تكن كافية لترتيب الآثار على العقد من حين صدوره من الفضولي تكون ناقلة لآثار العقد الذي هو آلة لإنشاء التمليك والتملك الى حين صدورها ، اما إذا كانت بوجودها المتأخرة تكفي لإحياء العقد وترتيب الآثار عليه من تاريخ صدوره ، تكون كاشفة عن ان العقد بوجوده السابق هو المؤثر في التمليك المقصود للمتعاقدين .

والقائلون بأن الاجازة بوجودها المتأخر تكشف عن ان العقد قد اثر التمليك والتملك من حين صدوره ، هؤلاء بين من يرى أنهـا كاشفة عن السبب المؤثر المتقوم بالعقد ، كما يظهر ذلك من المحقق الكركي والشهيد الثاني ، وبين من يرى انها كاشفة عن وجود الشرط الذي يتوقف عليه تأثير العقد وهو لحوق الاجـازة بالعقد ، وفسر بعضهم الكشف بأنها كاشفة عن الأثر المترتب على العقد ، باعتبار

انها شرط متأخر لترتب ذلك الأثر ، وقال آخرون : ان المراد من الكشف هو انها موجبة لحكم الشارع بثبوت آثار العقد من حين صدوره ، ويجمع هذه التفاسير الكشف هو اعتبار العقد مؤثراً من حين صدوره من الفضولي ، اما لأنه السبب الكامل كما يدعي الكركي في جامع المقاصد ، او لأنها كاشفة عن الشرط المقارن للعقد وهو الرضا التقديري من المالك (١) او لأنها كاشفة عن الشرط الذي هو عبارة عن لحوقها بالعقد ، او لأنها بنفسها وبوجودها المتأخر شرط لتأثير العقد وتأخير الشرط عن المشروط ممتنع في الأمور العقلية والتكوينية ، اما في الشرعيات فمن حيث انها تابعة لجعل الشارع لا يضر فيها ذلك لأن مرجع الشروط الشرعية إلى ان الشيء الفلاني مثلاً قيد للمشروط بنحو يكون تقييد المشروط به محدداً لإطلاقه من غير ان يكون لهذا الشيء المسمى بالشرط دخل في وجود المقيد ، وعلى هذا فمن الممكن ان يعتبر العقد مؤثراً في التمليك من حين وجوده إذا أجاز المالك ولو وقعت الاجازة متأخرة عن العقد ، وتمام العلة للملكية المجعولة هي ارادة الجاعل ، وتقييد الملكية بالإجازة المتأخرة من حيث ان الغرض المقصود من جعل الملكية لا يحصل إلا في ظرف حصول الاجازة ، فإذاً حصلت الاجازة في الزمن المتأخر عن العقد تكون الملكية السابقة عليها موضوعاً للغرض، فيرجع تقييد الملكية بالاجازة بناء على هذا التوجيه ، إلى ان الملكية المجعولة في عقد الفضولي هي المضافة إلى الاجازة ، والاضافة حاصلة حين العقد ، وتأخر الاجازة لا يوجب كون الاضافة متأخرة عن العقد .

ومهما كان الحال فالذين التزموا بهذه الأمور من الفقهاء إنما لجأوا إليها تهرباً من الهجوم الموجه إلى اعتبار الاجازة بوجودها المتأخر شرطاً في تأثير العقد وهي مع ذلك بوجودها تكشف عن حصول التمليك والمبادلة من حين صدور العقد ، فيحصل الغرض من المشروط قبل وجود شرطه المتأخر ، هذا الإشكال قد اضطر

---

١ ـ كما يدعي ذلك المحقق الرشتي احد فقهاء الشيعة في كتاب الاجارة .

القائلين بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره إلى هذه التأويلات التي ذكرناها .

وبالإمكان ان نستغني عن كل ما قيل في المقام من المحاولات التي ذكرها الفقهاء والرجوع إلى العرف في مثل ذلك ، وبلا شك ان العرف يرى اجازة المالك ورضاه بالعقد الذي أوقعه الفضولي على ماله اقراراً للتصرف الواقع منه وامضاء له من حين صدوره (١) .

ولكن الفقهاء قد اعتبروا البحث في هذه الناحية جوهرياً وموضوعاً لبعض الآثار الشرعية التي تختلف أشد الاختلاف بلحاظ كونها كاشفة او ناقلة على حد تعبيرهم . فمن ذلك جواز التصرف لكل من البائع والمشتري فيما انتقل إليه بناء على الكشف الحقيقي وبناء على ان الشرط هو الرضا او لحوق الاجازة للعقد .

اما بناء على النقل او الكشف الحكمي فلا يسوغ لهما التصرف بمجرد العقد ، ذلك لأنه بناء على النقل لا يترتب الأثر على العقد إلا من حين الاجازة ، ولازم ذلك بقاء كل من العوضين على ملك مالكه ، وبناء على الكشف الحكمي الذي هو عبارة عن حكم الشارع تعبداً بترتيب آثار العقد من حين صدوره ، فالعقد قبل الاجازة وقبل الحكم بترتيب الآثار عليه لم يؤثر في النقل والتمليك،ومقتضى ذلك عدم جواز التصرف من كل منهما بالعوضين ، ويجوز للاصيل على هذين التقديرين ان يتصرف في العين التي عقد عليها بكل أنواع التصرفات لبقائها على ملكه ، ولو تصرف بها بالبيع او الشراء ونحو ذلك من التصرفات المملكة يعتبر ذلك رجوعاً منه عن العقد ، ولم تعد الاجازة من المالك صالحة لإبرام العقد الواقع بين الفضولي وبين الطرف الثاني الأصيل .

اما بناء على الكشف فليس للأصيل ان يتصرف بما يناقض العقد الصادر منه ،

---

١ ـ انظر الجواهر كتاب المتاجر والمكاسب ومنية الطالب وغيرها من مجاميع الفقه الشيعي .

لان المؤثر في النقل والتمليك هو العقد وقد تم من جهته ، فإن رد الطرف الثاني المالك للعين ينفسخ وان أجاز كانت اجازته امضاء من طرفه لا غير ، وقد توسع المحقق الكركي وبعض الفقهاء فعمموا هذا الحكم في حق الأصيل حتى ولو كانت الاجازة ناقلة بحجة ان العقد تام من جهته فيكون مشمولاً لعمومات الوفـــاء بالعقود .

ومن الآثار الشرعية التي يختلف الحكم بالنسبة إليها بين القول بالكشف والنقل هو ان النماء الناتج من العوضين بناء على ان العقد لا يؤثر في النقل والتمليك إلا من حين الاجازة، يكون للمالك الأول لأنه نتج في ملكه ، واما بناء على الكشف فهو للمالك الثاني من غير فرق بين أنواع الكشف وصوره .

قال الشهيد الأول في الروضة : وتظهر الفائدة في النماء ، فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المخلل بين العقود والاجازة الحـاصل من المبيع يكون للمشتري ، ونماء الثمن المعين للبائع ، وان اعتبرناها ناقلة فهما للبائع (١) .

ومن الآثار التي يختلف حكمها على القولين : هو ان الاجازة لو كانت ناقلة يصح للطرف الثاني الأصيل ان يتراجع عن التزامه وانشائه حيث انه يجوز لكل من المتعاقدين ان يبطل انشائه قبل تمام العقد ، والاجـازة بناء على النقل متممة للعقد ، وبناء على الكشف لا يتسلط الأصيل على ابطال انشائه لأن العقد تام من الجهتين وللطرف الآخر الحق في ابطال العقد واقراره من حيث ان العاقد اوقعه فضولاً عنه (٢) .

ومن الآثار ما لو خرج أحد المتعاقدين عن قابليـة التملك بموت ونحوه ، او

---

١ ـ انظر نهج الفقاهة ص ٢٣٧ .

٢ ـ نفس المصدر ص ٢٣٨ ، وقد تردد في هذه النتيجة من حيث انها مبينة على جواز ابطال العقد قبل تمامه ، والاجازة حتى بناء على النقل ليست من اجزاء العقد وانما هي من شرائط صحته ، وفي مثل ذلك لم يثبت جواز التراجع عنه .

خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بتلف ونحوه ، فبناء على ان العقد لا يتم إلا بالاجازة يبطل العقد في هذه الحالة لفوات موضوعه قبل تمام اجزائه وبنـــاء على الكشف لا يبطل العقد وينتقل الحق في الاجازة إلى الوارث لحدوث هذا العارض بعد تمام العقد .

ومقتضى القواعد العامة ان خروج أحد المتعاقدين عن قابليـــة التملك ، أو خروج أحد العوضين عن قابلية الملك لا يقتضي بطلان العقد الواقع فضولياً على القول بالنقل كما ادعاه جماعة من الفقهاء ، ذلك لأن الذي خرج عن القابلية ان كان هو الأصيل فإن العوض ينتقل إلى ورثته بالإرث من أبيهم ، فإن أجازوا العقد يصح بالنسبة لهم وإلا يبطل لأن المال الذي جعله عوضاً عـن المبيـع لم يخرج عن ملكه بمجرد انشاء العقد قبـــل الاجازة من المالك ، والتمليك بنـــاء على النقل لا يحصل إلا بعد الاجازة، وحينئذ لا يبطل العقد بمجرد موت الأصيل بل يكون موقوفاً على اجازة الوارث والطرف الآخر الذي وقع العقـد فضولياً عنه .

اما لو خرج عن الأهلية مالك المبيـع الذي اوقع الفضولي العقد عنه فالمـــال الذي وقع العقد عليه قبل الاجازة ينتقل إلى ورثته وهم بدورهم يقومون مقـام مورثهم بالنسبة إلى اجازة العقد ورده من غير فرق بين ان تكون الاجازة كاشفة او ناقلة .

ولو خرج احد العوضين عن قابلية الملك بأن تلف او عرض عليـــه ما يسقط ماليته ، فإن كان التالف مال الأصيل بعد ان اقبضه إلى الطرف الآخر فلو أجاز يصح العقد بناء على الكشف لأن الملك يتم بالعقد والتلف قد حصل بعد القبـــض فيصح العقد ويكون التلف من مال القابض ، ويبطل العقد بناء على النقل ، لأنه يتلف في ملك مالكه الأول وقبل الاجازة لا يحصل الملك بناء على ذلك، ولو كان التلف قبل القبض يكون من مال البائع ويبطل العقد سواء كانت الاجازة كاشفة

او ناقلة ، وان كان التالف المال الذي وقع عليه العقد فضولاً يبطل العقـــد على التقديرين الكشف او النقل لأنه بعد التلف لا يبقى موضوع الاجازة (١) .

ثم انه لو استفدنا من الأدلة ان اجازة العقد الواقع فضولياً ليس لهـا مفعول رجعي بالنسبة إلى ما مضى وان الآثار لا ترتب إلا من حين صدورها ، فلو قصد المجيز ترتيب الآثار من حين العقد يكون قصده لغواً لأن الاجازة لا تشرع حكما في مقابل الأدلة ولا يستفاد منها أكثر من التعبير عن رضا المالك ورغبتـــه في المعاملة ، وكذلك فيما لو قصد المجيز ترتيب الآثار من حين الاجازة بناء على ان العقد الواقع بين الفضولي والأصيل يتم به التمليك إذا ألحقته الاجازة كما هو مفاد الكشف عند القائلين به ، ولا يجدي منه هذا القصد ما دامت الاجازة كاشفة عن ان العقد مؤثر في التمليك من حينه .

وقال الشيخ الأنصاري في مكاسبه : فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان فبلحاظ مخالفة هذا القصد للواقع واعتباره قيداً في الاجازة يلزم بطلانها لعـــدم موافقة الاجازة المقيدة بهذا القصد للواقع، وبلحاظ ان القصد المذكور ليس قيداً للاجازة بنحو وحدة المطلوب بل هو أمر خارج عنها بهذا اللحاظ يـلزم الاكتفاء بالاجازة وإلغاء القصد (٢) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الاجازة كما تصح باللفظ الصريح كذلك تصح بالفعل والكتابة ونحوهما مما يعبر عن رغبة المالك وارادته ، ويؤيد ذلك ان النبي (ص) أجاز المعاملة التي أجراها عروة البارقي فضولاً بقوله بارك الله لك في صفقة يمينك ولم يستعمل الألفاظ الصريحة في الاجازة بل استعمل هذه الكلمات التي تدل

---

١ ـ انظر نهج الفقاهة ص ٢٤٣ .

٢ ـ المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث الفضولي وشرحهـــا للسيد كاظم اليزيدي ص ١٥٨ .

عليها بالملازمة ، ونص العلامة الحلي على ان الزوجة المعقود عليها فضولاً لو مكنت الزوج من نفسها كان ذلك اجازة منها .

ورجح الشيخ الانصاري في مكاسبه ان المعول على الرضا في الفضولي وبيع المكره بأي طريق كان كما يظهر ذلك من فتاوى الفقهاء وبعض النصوص عن الأئمة (ع)، وأيد دعواه هذه بأن جماعة من الفقهاء لم يكتفوا بالسكوت في الموارد التي تحتاج إلى الرضا من حيث ان السكوت لا يدل عليه ، ولو كان اللفظ شرطاً في التعبير عنه لكان هذا التعليل منهم لغواً ، على ان جماعة من الفقهاء يكتفون بسكوت البكر ويعتبرونه اجازة للعقد الواقع عليها فضولاً لأنه يكشف عن رضاها بالعقد ، هذا بالاضافة إلى بعض المرويات عن الأئمة (ع) وقد جاء في بعضها ما يؤكد بأن كل ما يدل على الرضا يكون اجازة للعقد .

فقد روى عبدالله بن وهب : ان رجلاً جاء إلى الإمام الصادق (ع) وقال له : اني كنت مملوكاً لقوم وتزوجت امرأة حرة بغير اذن من مولاي ثم أعتقني بعد ذلك فأجدد نكاحها أم لا ؟ قال (ع) أكانوا علموا انك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ قال نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي . قال (ع) سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أنت على نكاحك » .

وفي بعض النصوص ان المولى إذا قال لعبده المتزوج بدون اذنه طلق زوجتك يكون ذلك اقراراً منه للزواج ورضا منه ، فقد روى علي بن جعفر عن أخيه موسى عن آبائه (ع) : ان رجلاً أتى علياً (ع) بعبده ، وقال انه تزوج بغير أذني ، فقال (ع) لسيده فرق بينهما ، فقال الرجل لعبده : يا عدو الله طلق . قال (ع) للعبد ان شئت طلق وان شئت امسك ، فقال الرجل عند ذلك : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته إلى غيري ، قال (ع) لأنك حين قلت له طلق أقررته على نكاحه (١) .

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى وشرحها للسيد كاظم اليزدي .

ولكن الشيخ الانصاري بعد ان رجح كفاية الرضا في مقام الاجازة بالتقريب المتقدم ، تردد فيه أخيراً للأمور التالية :

الاول : ان الاكتفاء بالرضا من المالك يستلزم ان تكون الكراهة بذاتها فسخاً للعقد ولو لم يعبر عنها المالك باللفظ وغيره من الوسائل التي تعبر عما في نفس المالك ، ولازم ذلك بطلان الفضولي المسبوق بمنع المالك ، وبيع المكره ولو كان ملحوقاً بالرضا المتأخر عنه .

الثاني : لو اكتفينا بالرضا في مقام الاجازة ولو لم يحصل من الألفاظ التي تدل عليه، يلزم ان نكتفي به إذا وقع مقارناً للعقد او متقدماً عليه، كما لو علم المنشىء للعقد برضا المالك ببيع ماله ، فباعه فضولاً عنه ، لان الرضا إذا كان مؤثراً في العقد مع تأخره عنه يكون أولى بالتأثير فيما لو كان مقارناً او متقدماً عليه ولا يلتزم الفقهاء بذلك .

الثالث : ان أدلة العقود لا تشمل الفضولي فيما إذا لم يكن ملحوقاً بما يصحح اضافته إلى المخاطبين ، لان قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، يدل على وجوب الوفاء بالعقود المضافة إلى المالكين ، ومعلوم ان العقد لا يكون مضافاً إلى المالك إلا بالانشاء من الطرفين ، او بالاجازة المتأخرة ، او بالفعل المعبر عن ارادتها كما هو الحال في المعاطاة ، اما الرضا النفسي من المالك فلا يصحح هذه الاضافة (١) .

ويكتفي القانون المدني في الاجازة بأي نحو وقعت من المالك ، فقد جاء في المادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي : اجازة العقد الموقوف تكون دلالة وصراحة ، والاجازة دلالة تستنتج من قيام من له حق الاجازة بتصرف يدل على اجازته كبناء في الارض التي اشتراها الفضولي ونحو ذلك من التصرفات، وتصحح

---

١ ـ المكاسب ، ونهج الفقاهة ص ٢٤٨ .

العقد بأثر رجعي فيعتبر صحيحاً من وقت ابرامه لا من وقت الاجازة (١).

ولا بد في الاجازة المصححة لعقد الفضولي ان لا يسبقها رفض المالك للعقد ، لانه ينفسخ بمجرد رد المالك فلا يبقى عقد لكي تلحقه الاجازة ، لان صيغة العقد إنما تنتج الأثر المطلوب إذا لم يحصل ما يمنع من صدق العقـــد الذي يؤدي معنى التعاهد والترابط من الطرفين، وإذا رفض المالك البيع الواقع من الفضولي ينتفي العقد من أساسه فلا يبقى محل للاجازة المتأخرة .

ولكن الفقهاء لم يقفوا صفاً واحداً في هـــذه المسألة ، فقد تردد بعضهم في مانعية الرد عن الاجازة ، من حيث ان الرد لا يمنع من صدق العقد ، وكل ما في الأمر انه لا ينتسب إلى المالك إلا إذا انشأه مباشرة او أجاز انشاء الغير له ، فإذا أجازه ولو بعد الرد تصح نسبته إليه وتشمله أدلة الوفاء بالعقود ، وهـــذا بخلاف العقد الصادر من المالكين ، فإن الرد الواقع قبل القبول يمنع العقد عـــن الالتئام والتكامل ، على ان عقد الفضولي لا يوجب أي تبديل بالنسبة للمبيـع الذي وقع عليه العقد ، فهو على ملك مالكه الأصلي قبل الإجازة فلا يكون للرد أي أثر بالنسبة إلى المال المعقود عليه فضولاً ولم يثبت للمالك إلا الاجازة وعدمها ، اما الرد بمعناه الوجودي المقابل للاجازة فليس موضوعاً لأي أثر من الآثار لكي يكون ثابتاً للمالك فلا يمنع حينئذ عن لحوق الاجازة من المالك ، نعم لو ثبت له الرد بماله من المعنى الوجودي الذي هو عبارة عن إلغاء بيع الفضولي بنحو لم يعد صالحاً لأن تلحقه الاجازة ، لو ثبت له الرد بهذا المعنى يكون الرد مانعاً عـــن الاجازة حينئذ .

ولكن الانصاف ان مقتضى السلطنة الثابتة للانسان على مـــاله ان للمالك السلطنة على إبطال العقد واجازته بمعنى اقرار العقد وحـله نظير السلطنة الثابتة لذي الخيار التي هي عبارة عن اقرار العقد وإزالته ، وعلى ذلك فمقتضى سلطنـــة

---

١ ـ انظر ص ٢٥٣ من مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم .

المالك على ماله ان له ابطال هذا الانشاء الصادر من الفضولي وإلا فان سلطنته تكون مقصورة على طرف واحد ، فإذا أبطله لم يعد قابلاً لأن تلحقه الاجازة كما يمتنع أحد الضدين في حال وجود ضده الآخر (١) .

وهل تنتقل الاجازة إلى ورثة المالك فيما لو مات قبل الاجازة أم لا ؟ الظاهر انها لا تنتقل إليهم بالإرث ، لأنها من الأحكام الشرعية الثابتة للمالك كجواز البيع والهبة والنكاح والصلح وغير ذلك من العقود التي له إيجادها بما يدل عليها من الألفاظ والأفعال ، فكما ان للمالك ان يبيع ماله مباشرة أو توكيلاً، له ان يجيز العقد الواقع عليه فضولاً ، فلو مات ينتقل المال إلى وراثه ، ولمن يملك منهم المبيع مثلاً ان يجيز العقد الواقع عليه لا من جهة إرث الاجازة ، بل من جهة ملكيتهم للمال موضوع الاجازة لأنه ينتقل إليهم بالارث كبقية أموال المورث قبل اجازته للعقد الواقع عليه فضولاً ، ومن آثار تسلطهم عليه نفوذ اجازتهم فيما يتعلق به من التصرفات .

ومما يدل على ان الاجازة ليست من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث هو انها لا تسقط بالإسقاط ولا تقع عليها المعاوضات كما هو الحال في غيرها من الحقوق ، والفرق بين إرث الاجازة وإرث المال ، هو ان الاجازة لو انتقلت إلى الوارث بالإرث لا بد وان يشترك فيها جميع الوراث حتى الزوجة التي لا ترث في العقارات، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأن المال هو الذي ينتقل إليهم وحده بدون الاجازة، فمن له الحق في اجازة المبيع هو الوارث للمال لا غير ، هذا كله بناء على انه لا يشترط في الفضولي ان يكون المجيز هو المالك حين العقد ، اما لو قلنا بأن المجيز للعقد لا بد وان يكون هو المالك حين العقد كما رجح ذلك بعض الفقهاء فلا يبقى محل للاجازة فيما لو مات المالك قبل الاجازة (٢) .

---

١ ــ انظر المصدر السابق ومنية الطالب للخونساري ص ٢٥٤ و ٢٥٥ .

٢ ــ انظر ابلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم وغيرها من فقه الشيعة .

ثم ان الاجازة التي لا بد منها لتصحيح العقد الفضولي لا يتعين على المالك المبادرة إليها بمجرد اطلاعه على العقد ، بل يبقى له الحق في الاجازة أو الرد ولو بعد مضي مدة من الزمن كما يقتضيه اطلاق الأدلة التي نصت على صحة العقد باجازة المالك .

هذا بالاضافة إلى صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر (ع) حيث نصت على كفاية الاجازة من المالك بعد ان أولدا المشتري الجارية التي باعها ابن المالك بغير اذن من والده (١) .

على انه ليس للطرف الآخر الأصيل حق على المالك لكي يتعين عليه المبادرة إلى الإجازة لبقاء المال على ملكه سيما بناء على ان العقد لا يؤثر في التمليك إلا بعد الاجازة من المالك كما هو مفاد القول بالنقل ، نعم بناء على ان الأصيل ليس له ان يتصرف في العوض الذي جرى عليه العقد من قبله ، فلو لزم من منعه عن التصرف ضرر عليه من حيث عدم مبادرة المالك إلى الاجازة او الرد ، له ان يتراجع عن العقد دفعاً للضرر اللاحق به ، بناء على ان العقد يملك من حين صدوره كما هو مفاد القول بالكشف ، لان الضرر الذي لحق به قد جاء من قبل لزوم العقد في حقه ، فإذا ارتفع اللزوم بقاعدة لا ضرر ولا ضرار يصبح المالك الأصيل مخيراً بين الفسخ والبقاء على المعاملة ، اما الزام المالك للعين الذي باعها العاقد فضولاً بالاجازة او الرد كما هو أحد الحلول لهذه المسألة هذا الاحتمال لا مبرر له أصلاً ، ذلك لأن الطرف الأصيل ليس له حق على المالك لكي يلزمه

---

١ ـ وقد جاء في الرواية : ان عليا (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولدها الذي اشتراها ، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال علي (ع) الحكم ان يأخذ وليدته وابنها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال (ع) : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع ، فلما رآه ابوه قال له : ارسل ابني ، قال والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه .

بالإجازة او الرد حيث ان الضرر الذي لحقه لم يحصل من قبله ، وإنما هو من جهة إقدامه على المعاملة مع علمه بأن البائع غير مالك للمبيع وقد اوقع العقد فضولاً عن المالك (١) .

ومهما كان الحال بعد البناء على ان الفضولي يصح بالاجازة فهل يجب المطابقة بين الاجازة والعقد الواقع بين الأصيل والفضولي أو لا يجب فيها ذلك فتصحح العقد ولو لم تكن مطابقة له من جميع الجهات ؟ لا اشكال بعدم كفاية الاجازة فيما لو تعلقت بغير الثمن او غير المبيع ، كما لو باع الفضولي العقار لشخص،فأجاز المالك بيع الدار او السيارة مثلاً ، وكما لو اشترى الفضولي الدار بألف درهم ، فأجاز البيع بمائة درهم مثلاً فلا تنفع الاجازة في مثل ذلك لأنها ليست إجازة للعقد ، وان كان الاختلاف بين العقد والاجازة من حيث الكيفية التي وقع عليها العقد ، كما لو باع الفضولي الدار والبستان ، فأجاز المالك بيع الدار وحده او البستان وحده ، فالظاهر كفاية الاجازة في مثل ذلك لأن العقد الواقع على أمور متعددة ينحل إلى عقود متعددة حسب تعدد الامور التي وقع عليها العقد ، ومن أمثلة ذلك ما لو باع الشريك تمام العين المشتركة ، فإن أجاز الشريك البيع في سهمه صح البيع في الجميع وان رد البيع فيه ثبت للمشتري الاصيل خيار تبعّض الصفقة ، نظراً لصحة البيع بالنسبة لسهم البائع ، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو كان العقد مشروطاً بشرط فأجاز المالك البيع بدون الشرط فيصح العقد بدون الشرط ، لان الشرط التزام محله العقد وليس قيداً في التمليك المنشأ بالصيغة التي تعاقدا بها .

نعم لو كان الشرط على مالك البيع وأجاز بدونه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ، ولو كان الشرط للمالك وأجاز بدونه يتم العقد ويلزم في حقهما،ويكون

١ ـ انظر المكاسب وشرحها للسيد كاظم ومنية الطالب للخونساري .

المالك بذلك مسقطاً لحقه في الشرط ، ولو وقع العقد مجرداً عن الشرط وأجاز المالك بشرط لمصلحته ولم يرض به الطرف الآخر الاصيل تصح الاجـازة ويبطل الشرط ، لان الشروط الصحيحة هي التي يلتزم بها الطرفان حين التعاقد ، إلا إذا كانت الاجازة من المالك مقيدة بالشرط ، بنحو تكون اجازته مرتبطة بذلـك الشرط ، فلو لم يرض الطرف الاصيل بالاجازة مع هذا القيد يبطل العقد لعـدم حصول الإجازة من المالك حينئذ (١) .

*
* *

١ ـ انظر المصادر السابقة .

٢٥

لقد نص الفقهاء على ان المجيز المالك للبيع فضولاً لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية :

الأول : أن يكون حين الاجازة جائزاً على أهلية التصرف لأن الاجـــازة تتعلق بالمال فلا بد من وجود الشروط التي يتوقف عليها صحة التصرف ، كالبلوغ والعقل والرشد وذلك ، هذا بالاضـافة إلى ان الاجازة من المـــالك نظير العقد الابتدائي ، فكما يشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل والرشد فكذلك الحال بالنسبة إلى المجيز من غير فرق بين أن تكون الاجازة كاشفة عن تأثير العقد من حينه أو من حين صدورها .

فلو كان حين العقد غير صالح للتصرف وحين الاجازة أصبح صالحاً له ، كما لو باع الولي مال اليتيم من غير أن يراعي مصلحته في ذلك ، او زوج شخص صغير من غير أن تكون له ولاية عليه ثم بلغ الصغير فاجاز النكاح او البيع الواقع على ما له فهل تكفي اجازته والحال هذه ، ام يكون العقد لغواً لا تنفعه الاجـازة الذي رجحه اكثر الفقهاء الاكتفاء بوجود مجيز للعقد صالح للاجازة حين انشائها ، وان لم يكن صالحاً لها حين العقد اعتماداً على الادلة العامة التي تنص على صحة عقد

الفضولي إذا أجازه المالك، وعلى النصوص التي تدل على جواز تزويج الصغار فضولاً الشاملة لمثل ذلك .

وقد خالف في هذه المسألة العلامة الحلي في القواعد والفقيه الاسكافي ، واحتج الحلي بأن العقد إذا لم يكن له مجيز يكون باطلاً وإذا بطل في زمان لا يرجع صحيحاً فيما سيأتي من الأزمنة ، على ان المشتري قد يتضرر بالانتظار لامكان ان لا يجيز المالك حينما يصبح اهلاً للاجازة .

ومجمل القول في هذه المسألة ان المجيز إذا لم يكن صالحاً للاجازة حين العقد لسفه او جنون او لأن المبيع قد تعلق به حق للغير كما لو كانت أموال المالك مستغرقة بالديون او مرهونة لشخص آخر ، او كان البائع غير مالك للعين حين البيع فباعها ثم اشتراها منه ونحو ذلك،فلو لم يكن صالحاً للتصرف حين البيع من حيث التحجر عليه لسفه او صغر او لكون العين مرهونة وحين الاجازة أصبح صالحاً لها كما لو فك الرهانة او أدى ما عليه من الديون او بلغ الصبي وأصبح راشداً يحسن التصرف بأمواله فتصح الاجازة في مثل ذلك ويلزم العقد بعد الاجازة ، وقد ذكرنا ان اكثر الفقهاء يكتفون بالاجازة المتأخرة إذا كان المجيز صالحاً للتصرف بأمواله حين الاجازة ، ورجح الشيخ الانصاري في مكاسبه عدم الحاجة إلى الاجازة فيما لو كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير ، كما لو باع وفك الرهن قبل مراجعة المرتهن بشأن الاجازة (١)

ومن فروع هذه المسألة ما لو كان المالك حين الاجازة مغايراً للمالك حين العقد ، كما لو باع شخص ملك غيره فضولاً لنفسه او للمالك ثم اشتراه من مالكه قبل اجازته للعقد الصادر من الفضولي ، فلو أجاز المشتري الثاني الذي أوقعه فضولاً فهل تكفي اجازته لتصحيح العقد الواقع منه فضولاً ام لا ؟ الذي رجحه

---

١ ـ انظر المكاسب مبحث شرائط المجيز .

جماعة من الفقهاء هو الاكتفاء بالاجازة من المالك الجديد لتصحيح العقود لو كان المشتري هو البائع فضولاً ، بل يظهر من بعضهم عدم الحاجة إلى الاجازة في مثل ذلك (١) وقد اعتمد القائلون بصحة العقد الاول باجازة المالك الثاني على الادلة العامة التي تدل بعمومها على كفاية الاجازة ولو تجدد المالك بعد العقد الاول ، بالاضافة إلى اصالة الصحة في العقد المجاز من المالك الجديد .

ونص جماعة على بطلان العقد الأول وعدم كفاية الاجازة من المالك الثاني للأسباب التالية :

الاول : انه يلزم خروج المال عن ملك المجيز قبل دخوله فيه بناء على ان الاجازة كاشفة ، ذلك لأن من لوازم الكشف خروج المال عن ملك المجيز من حين العقد ، والمفروض ان المجيز حين العقد لم يكن مالكاً وانه ملك بالعقد الثاني .

الثاني : انه من المقرر الاكتفاء بالاجازة والرد بكل فعل يدل عليهما مطابقة او بنحو الالتزام ، كما لو أخرج المالك العين عن ملكه بعد علمه بوقوع العقد عليها فضولاً ، فإن ذلك يعتبر رداً وإلغاء للعقد الذي أوقعه الفضولي ، وفي المقام لو باعها المالك من العاقد عليها فضولاً او من غيره قبل اجازته يكون بيعه هذا معبراً عن رده وعدم رضاه بالعقد الأول الواقع من الفضولي فيلزم من العقد الثاني بطلان العقد الأول .

الثالث : ان العقد الاول إنما صح وترتب عليه أثره باجازة الفضولي أي المالك الثاني ، وهي متوقفة على صحة العقد الثاني وصحة العقد الثاني تتوقف على بقاء الملك على ملك مالكه الاول ، ولازم ذلك ان صحة العقد الاول تتوقف على ان يكون المال ملكاً للأول وللمشتري في زمان واحد ، لأن ملكية الاول تتوقف

---

١ ـ والقائل بذلك هو الشيخ الطوسي كما نقل عنه في المكاسب .

على الاجازة والاجازة تتوقف على كونه ملكاً للمجيز الذي هو المشتري الثاني .

الرابع : النصوص المروية عن الرسول (ص) والائمة (ع) التي تدل باطلاقها على فساد هذا النوع من العقود ، فقد جاء عن النبي (ص) انه قال : لا تبع ما ليس عندك ، ولا تبع ما لا تملك ولا بيع إلا في ملك ، وهي باطلاقه تشير إلى فساد هذا النوع من العقود .

وجاء في رواية يحيى بن الحجاج : انه سأل أبا عبد الله الصادق (ع) عن الرجل يأتيه ويقول له اشتري هذا الثوب أو هذه الدابة بعينها واربحك عليها كذا وكذا. قال (ع) لا بأس بذلك اشترها ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها او تشترها .

وفي رواية خالد بن الحجاج انه قال لأبي عبدالله الصادق (ع) : الرجل يجيئني ويقول اشتري هذا الثوب واربحك كذا وكذا ، قال (ع) أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ، قلت : بلى ، قال : لا بأس به إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، إلى غير ذلك من المرويات المتفقة من حيث مضمونها . وقد نهت الرواية الاولى عن انشاء البيع للمشتري الثاني قبل أن يشتريه أولاً ويملكه بالعقد الشرعي ومقتضاها ان تملكه بالشراء من مالكه لا يكفي لتصحيح العقد اذا أوقعه أولاً قبل ان يملك المبيع ، كما نصت الرواية الثانية على ان مجرد المقاولة والاتفاق على البيع قبل شراء العين من مالكها لا يمنع من بيعها له بعد ان يشتريها من المالك ، لأن الذي يحلل ويحرم هو الكلام الملزم لكل منهما ، أما الوعد بالشراء بعد ما يشتريها فلا يمنع من بيعها له بعد تملكها ، والمفهوم الضمني من هذا النص انه لو باعها قبل ان يشتريها من مالكها كان البيع باطلاً لانه وقع على ملك الغير ، ولا ينفع تملكه المتأخر في تصحيح البيع المتقدم .

ولكن انصار القول بصحة العقد الواقع فضولاً في المقام بعد اجازة المالك الجديد لم يجدوا بداً من تأويل هذه المرويات بما لا يتنافى مع الرأي الفقهي الذي

اختاروه في هذه المسألة وحصل ما جاء في تأويلهم لهذه المرويات ان المراد منها هو عدم كفاية العقد السابق على الشراء بدون اجازة المشتري العقد الذي أوقعه اولاً، بمعنى ان مجرد تملكها بالشراء من مالكها الاصلي لا يكفي لصحة العقد وترتيب الاثار عليه بدون الاجازة، ولا دلالة فيها على بطلان العقد السابق حتى ولو اجازه المالك الجديد ، وبعد أن رجح الشيخ الانصاري في مكاسبه ارادة هذا المعنى منها رجع عنه اخيراً ثم قال :

والانصاف ان ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتيب اثر الانشاء المقصود منه مطلقاً حتى مع الاجازة ، وأما صحته للمالك اذا أجاز ، فلأن النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، ولا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي (١) والظاهر انه لا يصح للمالك في هذه الحالة لأنه اخرجه عن ملكه بالبيع إلى العاقد الفضولي كما هو مفروض النصوص فيبطل الاول ويصح الثاني ، وتكون النتيجة بجانب القائلين بعدم صحة الفضولي في هذه المسألة .

وقد أجاب القائلون بصحة الفضولي في هذه المسألة عن الاشكالات الثلاثة بالأجوبة التالية :

الأول : ان الاجازة انما تكشف عن حصول الملك من حين العقد فيما لو كان المجيز هو المالك حين العقد ، أما لو كان المجيز هو المالك الجديد كما هو المفروض في هذه المسألة فتكون الاجازة كاشفة عن حصول الملك من التاريخ الذي يمكن فيه تأثير الاجازة في التمليك ، وبعد ان انتقل المبيع إلى البائع فضولاً وأجاز البيع الواقع منه لا يمكن تأثير اجازته في التملك قبل العقد الثاني ، فلا يلزم خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه كما نتج من الاشكال الاول .

الثاني : ان الرد في الفضولي إنما يكون بالألفاظ التي تدل عليه ، وأما الفعل

---

١ ـ انظر مسألة الفضولي ، ما لو باع لنفسه ثم ملك واجاز .

المنافي لنفوذه كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من شخص آخر وبيع المالك ما له المبيع فضولاً فليس فسخاً له لا سيما مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي ، نعم في مثل ذلك يكون الفعل المنافي مفوتاً لمحل الاجازة إذا وقع من المالك جامعاً للشرائط الصحة ، مطلقاً بالنسبة إلى مثال التزويج ، وبالنسبة إلى غيره فانما يفوت محل الاجازة بالنسبة إلى المالك الاول ، من حيث خروج المال عن ملكه ، وبالنسبة إلى المالك الثاني فلم يفت محل الاجازة منه لأنه هو المالك للمبيع فعلاً وقد سبق منه ان باعه فضولاً وأصبح حين الاجازة مالكاً .

الثالث : ان القائل بصحة الفضولي بالاجازة من البائع بعد تملكه للمبيع ، انما يلتزم بترتب الأثر على العقد الأول وتملك المشتري للمبيع من حين دخوله في ملك العاقد الذي هو المالك الجديد لا من حين العقد الاول في مثل هذه الحالات لعدم قابلية الاجازة للتأثير من ذلك التاريخ كما ذكرنا في الجواب عن الاشكال الاول ، وحينئذ تتوقف اجازة العقد الاول على صحة العقد الثاني وارتباط كل منهما بالآخر هذا الارتباط لا بد منه ، كما وان ارتباط العقد الثاني الذي أوقعه المالك مع العاقد الاول الفضولي ببقاء الملك لمالكه الاصلي وتوقف صحة العقد الثاني على ذلك ، كل ذلك مسلم أيضاً ، ولكن تسليم هاتين المقدمتين لا ينتهي إلى النتيجة التي وردت في الاشكال الثالث وهي كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد ، بل يلزم من صحة العقد الاول خروج المال عن ملك مالكه الاصلي ، لأنه انما يصح بالاجازة والاجازة انما تصح من العاقد الفضولي بعد فرض كونه مالكاً ، وقد ذكرنا ان الاجازة في المقام لا تكشف عن تملك المشتري الاول من حين العقد بل من حين قابليتها للتأثير أي بعد العقد الثاني ، ولا يتصور كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد إلا إذا كانت الاجازة مؤثرة في تمليك المشتري من حين العقد الذي أوقعه معه الفضولي ، وقد بينا في الجواب عن الاشكال الاول ان الاجازة في المقام لا تؤثر في التمليك إلا من حين العقد

الثاني (١) . هذا كله فيما لو باع الفضولي مال غيره ثم ملكه بالشراء وغيره من الاسباب المملكة وأجاز العقد الذي أوقعه أولاً بعنوان الفضولية .

ولو باع لنفسه فضولاً ثم ملك ولم يجز العقد الذي أوقعه فضولاً ، فقد نص اكثر الفقهاء على فساد العقد في هذه الحالة عملاً بالنصوص السابقة الناهية عن البيع قبل التملك،بالاضافة إلى ان البائع فضولا بعد أن ملك المبيع بالشراء من مالكه الاصلي أصبح مسلطاً عليه ، فاذا لم تطب نفسه بتمليكه للمشتري لا دليل على إلزامه بذلك والالتزام الذي صدر منه اولاً لا يجب الوفاء به لانه تعلق بمال الغير حين ذاك (٢) .

ومن جملة فروع الفضولي ، ما لو باع مال غيره معتقداً بعدم جواز تصرفه فانكشف جواز تصرفه لكونه ولياً أو مالكاً ، وعلى التقديرين أما أن يبيع لنفسه او لحساب المالك فلو باع عن المالك فضولاً فتبين انه ولي او مأذون في البيع ، قال الشيخ الانصاري في حكم هذه الصورة : لا أشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان عقد الفضولي ، ولا يبعد أن يكون الوجه في ذلك . ان العقد في المقام خارج عن الفضولية لكونه جامعاً لجميع الشرائط ، ولصدوره ممن يجوز له أن يتولى انشاء المبادلة بين المالين ، ولا يضر في ذلك اعتقاده بأنه لا يجوز له التصرف في المبيع ، لأن اعتقاده لا يغير الواقع ما دام جائز التصرف ، ويبدو من الشيخ الانصاري في مكاسبه . ان هذه المسألة لم يخالف بها سوى ابن البراج

---

١ ـ انظر المصدر السابق .

٢ ـ وقد ذهب فخر الدين في الايضاح والشهيد الثاني في المسالك والشيخ كما نقل عنه المحقق في المعتبر ، ان ادلة لزوم العقود والشروط مفادها لزوم كل عقد على البائع بمجرد انتقال المال اليه وقبل ذلك لا يجب الوفاء عليه ، وفي المقام بعد ان حصل منه العقد وملك المبيع بالشراء من مالكه ثم بجميع اركانه وشروطه لم يعد ما يمنع من شمول ادلة وجوب الوفاء بالعقود لمثل ذلك .

المعروف بالقاضي ، والنص الفقهي المنسوب اليه ، هو انه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن السيد ، ولا علم به احد لم يكن مأذوناً في التجارة ولا يجوز شيء مما فعله ، فان باع واشترى بعد ما علم جاز ما فعله بعد الاذن ولم يجز ما فعله قبله .

الصورة الثانية : ان يبيع مال الغير لنفسه عدواناً فتبين انه مأذون في البيع وقد نص جماعة على صحة العقد في هذه الصورة ، ولا يمنع من ذلك قصده البيع لنفسه ما دام مأذوناً من قبل المالك في أصل البيع ، وهذا القصد لا يوجب فساد العقد ، لكونه خارجاً عن حقيقة العقد .

الصورة الثالثة : ان يبيع عن المالك فضولاً لاعتقاده ان المال لغيره مع كونه له واقعاً ، كما لو باع مال أبيه معتقداً حياته ، فتبين انه ميت وان المال قد انتقل إليه بالإرث ، قال في المكاسب : المشهور بين الفقهاء صحة العقد في هذا الفرض ، وادعى العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة الاجماع على الصحة ، وأضاف الى ذلك : بأنا لم نعثر على مخالف صريح في هذه المسألة ، إلا ان الشهيد ذكر في قواعده انه لو قيل بالبطلان أمكن ذلك ، كما وان العلامة وولده فخر المحققين في النهاية والايضاح قد احتملا ذلك ، لأنه إنما قصد البيع عن أبيه لا عنه (١) .

الصورة الرابعة : ان يبيع الفضولي لنفسه معتقداً بأن المبيع لغيره مع كونه له واقعاً ، والظاهر صحة العقد في هذا الفرض حتى عند القائلين ببطلان الفضولي ، لأن العقد وقع من المالك على ماله لنفسه ، ولا يضر في ذلك اعتقاده

---

١ — واجيب في ذلك بان قصده لا يمنع في صحة العقد من حيث انه لم يقصد البيع عن ابيه الا باعتبار انه المالك الواقعي ، فهو في الحقيقة قاصد للبيع عن المالك الواقعي وقد قصد اباه مثلا لاعتقاده انه المالك ، فيكون قصده هذا من نوع الخطا في التطبيق .

بأن المال لغيره ، لأن هذا الاعتقاد لا يغير الواقع ، ولأجل ذلك رجح الشيخ الانصاري وجماعة من الفقهاء عدم احتياج هذا العقد للاجازة ، هذا بالاضافة إلى ان أدلة الاجازة تختص في صورة العقد على مال الغير من حيث احتياجه إلى موافقة المالك والمفروض في المقام ان العقد وقع على ماله لنفسه بانياً على ان المال لغيره (١) .

*
* *

١ ـ انظر المكاسب والجواهر كتاب المتاجر ونهج الفقاهة وغيرها ، وقد تعرض الفقهاء لهذه الفروض وتوسعوا في البحث عنها وعن جميع المحتملات التي يمكن افتراضها ونحن لا يسعنا استقصاء جميع ما قيل في المقام .

اذا امتنع المالك من الاجازة

٢٦

من المتفق عليه بين الفقهاء ان العقد الواقع على ملك الغير فضولاً يبطل إذا لم يوافق المالك على البيع بعد اطلاعه على العقد ، لأن ادلة الوفاء بالعقود مفادها وجوب الوفاء على كل انسان بالعقد الصادر منه ، والعقد على مال الغير لا يكون عقداً للمالك إلا بإجازته وموافقته عليه ، فلو رفض العقد ولم يوافق عليه لا تشمله أدلة العقود .

وكما يحصل الرد بكل لفظ يدل عليه يحصل أيضاً بكل فعل يتنافى مع العقد، كما لو أخرجه عن ملكه بأحد النواقل كالبيع والهبة والصلح والاتلاف بالأكل ونحوه مما يوجب فوات محل الاجازة .

ولو تصرف في المبيع تصرفاً لا يوجب انعدام الموضوع كما لو وطىء جاريته فأولدت أواجر داره وزوج امته من شخص آخر ونحو ذلك ، فهذه التصرفات لا توجب خروج العقد عن قابلية الاجازة من المالك ، ولكن البناء على صحة هذه التصرفات منه يوجب بطلان الاجازة بناء على انها تؤثر في التمليك من حين وقوعها كما هو مفاد القول بالنقل ، او تؤثر في ترتيب الآثار على العقد من حينه ولو لم يكن ملكاً من حين وقوعه كما هو مفاد الكشف الحكمي ، لأن هذه

التصرفات تكشف عن عدم موافقة المالك على البيع الواقع من الفضولي ، لانه باع العين بما لها من المنافع ، وفي مثال الزواج لا يمكن تأثير الاجازة مع الالتزام بصحة تزويجه لإمته أو تزويج المرأة نفسها لعدم قابلية الاجـــازة للتأثير مع هذا الافتراض .

وأما بناء على ان الاجازة من المالك تكشف عن ان العقد من حيث صدوره قد أثر في التمليك والمبادلة بين العوضين ، فانتقال المبيع عن ملك المالك يكون من حين العقد ، والتصرفات المنافية من المالك مبنية منه على الظاهر لعدم انقطاع الصلة بينه وبين المبيع قبل الاجازة ، ولا سيما إذا كان جاهلاً بوقوع العقد على ماله فضولاً ، فاذا أجاز بعد ذلك يتعين بطلانها لوقوعها في ملك غيره (١) .

أما التصرفات التي لا تنافي ملك المشتري للمبيع من حين العقد ، كما لو عرض المالك المبيع فضولاً للبيع أو باعها بعقد فاسد وأمثال ذلك، فقد فصل جماعة من الفقهاء بين ما لو وقعت منه هذه التصرفات مع علمه بوقوع العقد على العين فضولاً، وبين ما لو وقعت منه وهو غافل عن العقد عليها ، ففي الصورة الاولى يكون هذا النوع من التصرف رداً للعقد الفضولي بنظر العرف وتشمله النصوص التي تدل على بطلان الفضولي بالرد حيث انها لم تعين ماهية الرد وكيفيته وكل موضوع او عنوان يتعرض الشارع لبيان حقيقته يتعين الرجوع فيه إلى العرف ، والعرف يرى بيع العين ولو بالعقد الفاسد أو تعريضها للبيع وعرضها على من يريد الشراء ، يرى

١ ـ المكاسب للشيخ الانصـاري مبحث الفضولي في الرد واحكامه ، وفي منيـة الطالب للخونساري . ان هذه التصرفات لا تمنع من الاجازة سواء الملك حصل بالاجازة من حين العقد كما هو فاد الكشف الحقيقي او من حينها كما هو مفاد القول بالنقل ، قال في الكتاب كذلك تصـح اذا تعلقت الاجازة بهـا فان حكمها حكم استيفـاء منفعـة العين بنفسـه المذكور ص ٢٨٦ : كما تصح الاجازة اذا فاتت منفعة العين تحت يده او استوفها بنفسه، فبناء على النقل لا اشكال في ان العين تنتقل الى الطرف مسلوبـة المنفعـة في مدة الاجازة ، واما بناء على الكشف الحقيقي فحيث ان الاجـازة تكشف عن وقوع التصرف في ملك الغير فعليه اجرة المثل ، ولا اشكـال في صحة الاجازة .

ذلك اعراضاً عن العقد الواقع فضولاً إذا كان عالماً بذلك العقد .

اما لو وقعت هذه التصرفات من المالك مع غفلته عن العقد الواقع على العين فضولاً ، فالظاهر في مثل ذلك ان هذا النوع من التصرف لا يكون رداً للعقد ، لأن الرد للعقد من الامور التي لا بد في صدقها من القصد إليها ، والإتيان بهذه الافعال بقصد الرد لا يمكن ان يكون إلا مع الإلتفات الى الشيء المردود ، والمفروض ان المالك غافل عن العقد كما ذكرنا .

هذا كله بناء على ان الرد كما يكون بالالفاظ يكون بالفعل الكاشف عن عدم موافقة المالك على العقد ، اما بناء على عدم كفايته وانه لا يتم إلا بالالفاظ كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء لا يبقى مجال للاكتفاء بمثل هذا النوع من التصرفات في إلغاء العقد الواقع فضولاً ، وفيما يخص التصرفات المتلفة للمبيع يبطل الفضولي فيها من حيث انتفاء الموضوع لا من حيث ان التصرف من مصاديق الرد المبطل لعقد الفضولي (١) .

ومجمل القول : انه بعد البناء على ان الرد ليس للشارع اصطلاح خاص بالنسبة إليه وانه يتحقق بالفعل الكاشف عن عدم موافقته على العقد كما يتحقق بالالفاظ بعد البناء على ذلك فكل تصرف في المبيع الذي وقع عليه العقد فضولاً إذا صدر من المالك بقصد الإعراض عن العقد سواء في ذلك البيع او الاجارة او الرهن ونحو ذلك من التصرفات ، هذا التصرف يكون من مصاديق الرد ولا تنفع بعده اجازة المالك إذا صدر هذا التصرف من المالك بعد علمه بالعقد .

فلو كان المالك جاهلاً بوقوع العقد على ماله او غافلاً وتصرف في المبيع بهذا النحو من التصرفات ، او كان تصرفه لا يتنافى مع تمليك الغير كما لو أجر المبيع

---

١ ـ انظر منية الطالب ، وبلغة الفقيه والمكاسب وغيرها .

مثلاً او أعاره للانتفاع به بعض الوقت ونحو ذلك من التصرفات التي لا يراها العرف منافية لإمضاء البيع واقراره فلا تكون هذه التصرفات مانعة عن نفوذ العقد بالاجازة من المالك .

ثم انه إذا لم يجز المالك العقد الواقع على ماله فضولاً ، فإن كان ماله بيده فلا حق له على أحد ، وان كان بيد المشتري فله ان ينتزعه منه ، ويرجع عليه بمنافعه التي استوفاها كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء بالنسبة إلى منافع المبيع بالبيع الفاسد ، وان تلف المبيع في يد المشتري فللمالك ان يرجع على من تلف بيده بقيمة يوم التلف كما هو المشهور بين الفقهاء (١) .

هذه صورة مجملة عن حكم المال التالف الذي جرى عليه العقد فضولاً ، واما حكم الثمن المدفوع من قبل المشتري إلى البائع ، والنفقات والغرامات التي تحملها المشتري نتيجة لذلك العقد والمنافع التي استوفاها من المبيع ونحو ذلك .

ومجمل القول في ذلك ان المشتري إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يملك المبيع وانه يبيع عن غيره فضولاً ، ففي مثل ذلك له ان يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه إليه في مقابل المبيع إذا رفض المالك العقد الواقع على ماله ، وقد ادعى في مفتاح الكرامة الإجماع على ذلك ، لأنه قد سلطه عليه في مقابل المبيع لإعتقاده بأنه يملك التصرف فيه والمعاوضة عليه ، هذا بالاضافة إلى الحديث الذي اعتبره الفقهاء اصلاً من اصول الضمان (وهو حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، حيث انه ينص على ان ما أخذته اليد واستولت عليه مضمون إلى ان تؤديه بنفسه او بدله ، وان كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك المبيع وانه يتصرف فيه

---

١ ـ وذهب جماعة الى انه يرجع عليه باعلى اثمانه من تاريخ استيلائه عليه الى يوم تلفه فيما لو تفاوتت قيمته خلال هذه المدة ، وللفقهاء اقوال اخرى في هذه المسالة يجدها المتتبع في المجاميع الفقهية كجواهر الكلام والمكاسب وجامع المقاصد والحدائق والرياض وغيرها .

فضولاً ، فلو دفع الثمن إلى البائع والحال هذه وكانت عينه لا تزال قائمة فقد اختار أكثر الفقهاء عدم تغريم البائع للثمن المدفوع له عوضاً عن المبيع ، كما نص على ذلك المحقق في جامع المقاصد والشهيد في الروضة وغيرهما ، ونص جماعة من الفقهاء منهم العلامة الحلي على ان للمشتري الرجوع على البائع بما دفعه اليه في مقابل المبيع ، لأنه وان كان عالماً بأن البائع لا يملك المبيع ولكنه لم يدفع له الثمن مجاناً وبدون مقابل ، وإنما سلطه عليه في مقابل المبيع على أمل ان يقر المالك العقد الواقع بينه وبين الفضولي ، على انه لو افترضنا ان المشتري قد سلطه عليه بدون مقابل ، فمجرد التسليط لا يكفي في تمليك البائع للثمن ، ولذا فإن البائع لا يملك الثمن فيما لو كان البيع فاسداً ولو كان المشتري عالماً بالفساد مع انه في هذه الحالة قد سلطه على الثمن (١) .

وان كان الثمن تالفاً فالمشهور بين الفقهاء ان المشتري لا يرجع على البائع بالعوض ، قال الشيخ الأنصاري في المكاسب : واما لو كان الثمن تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري ، بل المحكي عن العلامة وولده والشهيدين والمحقق الحلي وغيرهم من الفقهاء الإتفاق على ذلك ، لأنه قد سلطه على الثمن بلا عوض ، ومجرد انه قد دفعه في مقابل المبيع لا يكفي لكونه مضموناً عليه ما دام يعلم بأنه لا يملك المبيع وان المالك قد يقر البيع وقد لا يقره (٢) .

اما بالنسبة إلى الغرامات التي دفعها المشتري إلى المالك كزيادة قيمة المبيع على الثمن فيما لو تلف بيد المشتري ، وعوض المنافع المستوفاة ، كما لو باع الفضولي داراً لغيره وسكنها المشتري ولم يقر المالك البيع ورجع عليه بعوض المنفعة التي استوفاها ، وكذا بالنسبة إلى الغرامات التي دفعها المشتري كما لو

---

١ - انظر نهج الفقاهة ص ٢٦٥ .

٢ - وليس ببعيد شمول ادلة الضمان للمقام من غير فرق بين انيكون الثمن باقيا او تالفا لان مالك الثمن لم يقدم على اتلاف ماله ولم يسلط الغير عليه بدون مقابل وانما دفعه اليه ظنا منه بان المالك سيقر هذا التصرف من الفضولي كما هو ظاهر .

احتاجت العين المبيعـــة لبعض النفقات ونحو ذلك مما يغرمه المشتري للمالك او ينفقه على المبيع ، والظاهر ان الفقهاء متفقون على ان المشتري لا يرجع على البائع بشيء من ذلك .

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : والظاهر انه لا إشكال في عدم الرجوع على البائع بشيء إذا كان المشتري عالماً بالفضولية .

وقال في الجواهر : لا خلاف ولا اشكال في ذلك لعدم الدليـل على الرجوع على البائع ، والأصل يقتضي عدمه ، ويبدو من الجواهر انه لم يخالف أحـد من الفقهاء في ان المشتري مع علمه بالفضولية ليس له ان يرجع على البائع فيما أنفقه على المبيع وفيما دفعه إلى المالك عوضاً عن المنافع وغيرها ، اما إذا كان المشتري جاهلاً بالفضولية ومعتقداً بأن البائع هو المالك للمبيـع، فالذي نص عليه جماعة من الفقهاء ان للمشتري الحق في الرجوع على البائع فيما اغترمه للمالك وفيما أنفقه على المبيع لأنه قد غرر به وسبب له هذه المصارفات ، وأضافوا إلى ذلك بأن هذه المسألة أشبه بشاهد الزور من أي شيء آخر حيث يرجع عليه المدعي عليه فيما يغرمه بشهادته إذا تراجع عن شهادته بعد ذلك، بالإضافة إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الدين ، وإلى ما جاء في رواية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) وقد سأله عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ، ثم يجيء مستحق الجارية ، قال (ع) : يأخذ الجارية مستحقها ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه .

هذا بالنسبة إلى ما أنفقه المشتري على المبيـع بدون مقابل له ، اما لو استفاد منه في مقابل ما أنفقه عليه ، كما لو سكن الدار مثلاً واستفاد بلبن الدابـــة التي استلمها من الفضولي فقد الحق هذه الصورة جماعة من الفقهاء بالصورة الأولى ، لأنه غرر به ولأن المقام شبيه بمن قدم لآخر طعام غيره فأكله معتقداً بأنه له فتبين انه لشخص آخر ، فانه يضمن له ما يدفعه إلى مالك الطعام ، بالاضافة إلى روايـــة

جميل بن دراج المتقدمة حيث نصت على رجوع المشتري على البائع بما يغرمه لمالك الجارية مع العلم بأن المشتري قد استمتع بالجارية في مقابل الثمن وأصبح ولده منها حراً ، وحريته من المنافع التي تعادل الثمن الذي دفعه في مقابله .

ورجح جماعة من الفقهاء ومنهم السيد في الرياض والشيخ في الجواهر عدم الرجوع على البائع في هذه الصورة ، لأن المشتري قد استفاد في مقابل المال المدفوع للمالك (١) .

والخلاف بعينه واقع بالنسبة إلى المال المدفوع للمالك عوضا عن الزيادة الطارئة على قيمة المبيع ، كما لو ارتفعت قيمة المبيع وهو في يد المشتري قبل تلفه ، وكما لو باع الفضولي ما تساوي قيمته عشرين بعشرة مثلاً وتلف عند المشتري ونحو ذلك ، وليس ببعيد ان يكون الرجوع على البائع في المقام أكثر انصاراً من الرجوع عليه في مسألة ما لو استفاد المشتري في مقابل ما أنفقه او اغترمه للمالك، حيث ان غرامته لم تذهب بدون مقابل في تلك المسألة بخلاف مسألتنا هذه فانه لم يستفد في مقابل الزيادة شيئاً وقد تسببت عن اغراء البائع وتغريره له .

وقد اعتبر بعض الفقهاء التغرير من جملة أسباب الضمان اعتماداً على بعض النصوص الواردة فيمن زوج رجل امرأة ووصفها له بما يخالف واقعها وقد اجاب الإمام (ع) بأن الزوج يرجع بالمهر على من غره ودلس عليه ، والنصوص الواردة لبيان حكم شاهد الزور وأنه يضمن للمشهود عليه ما يغرمه للمدعي بسبب شهادته ، بالإضافة إلى الحديث المروي عن النبي (ص) وقد جاء فيه «المغرور يرجع على من غره» ومن مجموع هذه الأدلة بضميمة قاعدة الضرر استنتج بعض الفقهاء قاعدة التغرير واعتبرها أصلاً عاماً في باب الضمان، ولكن جماعة من الفقهاء لم تتوفر لديهم القناعة التامة من

---

١ ـ انظر نهج الفقاهة والجواهر كتاب التاجر .

مجموع هذه الأدلة ولم يعتبروا الغرور بنفسه كافياً لتضمين الغار إلا إذا توفرت في الغار الشروط التي لا بد منها في التضمين بنحو يرجع الغار إلى كونه متلفاً بنظر العرف لمال المغرور أو سبباً في الإتلاف ونحو ذلك من الموارد التي اعتبرها الشارع من موجبات الضمان (١) .

*
* *

١ ـ انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٢٧٢ و ٢٧٣ وانظر كتابنا المبادىء العامة للفقه الجعفري ص ١٣٦ و ١٣٧ .

الفضولي والمذاهب الاربعة

٢٧

لقد تبين من جميع مـا تقدم ان عقد الفضولي بجميع صوره وأقسامه التي أوردناها من العقود الصحيحة إذا أجازها المالك عند أكثر الفقهاء الجعفريين ، ولا سيما إذا باع الفضولي او اشترى للمالك ، ويبدو من مصـــادر الفقه على المذاهب الاربعة ان فقهاء هذه المذاهب أقل تحمساً وتمسكاً بالفضولي من الجعفريين ، فقد جاء في بداية المجتهد : ان الشوافع قالوا بفساده سواء كانت الفضولية في البيع أو الشراء ، وصححه المالكية في الحالتين، وفصل الاحناف بين البيع فضولاً والشراء فأجازوه في الأول وأبطلوه في الثاني .

قال في بداية المجتهد : واختلفوا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا ، وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضي به صاحب المـــال امضى البيع وإلا فسخ ، وكذلك في شراء رجل لآخر بغير أذنه على انه ان رضي صح الشراء وإلا فلا ، فمنعه الشافعي في الحالتين ، وأجازه مالك فيهما ، وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء ، وأضاف إلى ذلك : ان عمدة المالكية هو ما روي عن النبي (ص) انه دفع ديناراً إلى عروة البـــارقي ليشتري به شاة فاشترى شاتين .

واعتمد الشوافع على المرويات عن الرسول (ص) الناهية عن بيع مـا ليس

ملكاً للبائع (١) .

ويؤيد ذلك ما جـاء في الفقه على المذاهب الاربعة . ان الشافعية يشترطون لصحة البيع اثنين وعشرين شرطاً ، منها أربعة في العاقد ومن جملتها أن يكون له على المبيع ولاية ، فاذا لم يكن له ذلك يبطل العقد الواقع منه فضولاً .

وجاء فيه ان الاحناف يشترطون في المبيع ان يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه ، ولم يرد نص صريح على التفصيل الذي نسبه اليهم في بـــداية المجتهد ، ولعله انتزعة من قولهم : لا بد وان يكون مملوكاً للبائع إذا إراد أن يبيعه لنفسه ، ومعنى ذلك انه لو أراد ان يبيعه لمالكه تكفيه اجـــازة المالك وموافقته على العقد كما يفهم من اشتراط كونه مملوكاً للبائع فيما لو باع لنفسه .

ونص في الكتاب المذكور على ان المالكية يعتبرون في العاقد ان يكون مالكاً أو وكيلاً عن المالك وان بيـع الفضولي يقع صحيحـــاً ولا يلزم إلا بعد اجازة المالك له .

وجاء فيه أيضاً : ان الحنـابلة يشترطون في المبيع ان يكون مملوكاً لبائعه وقت العقد ملكاً تاماً ، ولذلك فقد نسب اليهم القول بالبطلان كما نص على ذلك الدكتور محمد يوسف (٢) .

وقال الاستاذ الشيخ علي الخفيف: ان الشرعيين يريدون بالفضولي من يتصرف

---

١ انظر بداية المجتهد لابن رشد المجلد الثاني ص ١٧١ .

٢ ـ انظر الفقه على المذاهب الاربعة قسم المعاملات ص ١٦٦ و ١٦٧ و ١٦٨ والمدخل لدراسة نظام المعاملات حيث نسب الى الاصناف والمالكية القول بالصحة مع الاجازة ، ونسب الى الشوافع والحنابلة البطلان ص ٢٩٢ و ٢٩٣ وانظر فيما يتعلق بالفضولية في البيع والشراء عند الاصناف المدخـل للدكتور محمد يوسف ص ٢٩٦ حيث نقل عن البدائع المجلد الخامس والحموي على الاشبـــاه والنظائر لابن نجيم ما يشعر بالتفرقة بينهما .

تصرفاً لا شأن له به وليست له ولاية اصداره ، كمن يبيع ملك غيره بدون اذن منه ولا ولاية له عليه ، او يرهنه او يؤجره او يزوج غيره بدون اذنه .

ثم قال : ان حكم ما يباشره الفضولي إذا تولى عقداً من العقود يكون موقوفاً على اجـــازة من له الشأن فيه ، فان باع او أجر او رهن كان عقده موقوفاً على اجازة مالك المبيع والعين المستأجرة او المرتهنة ، وان طلق كان الطلاق موقوفاً على اجازة الزوج ، فان أجاز نفذ العقد من حين وقوعه وان رفض بطل ايضاً (١)

وفيما يتعلق بالاجازة فقد نص الاستاذ الخفيف انهـــا انما تؤثر في صحة العقد بشرطين . الاول ان لا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه ، بأن لا يكون بالامكان تنفيذه عليه، فان وجد نفاذاً ولم يجزه من له الشأن نفذ على الفضولي ولزم ان كان لازماً ، وذلك كما لو اشترى الفضولي عيناً من الاعيان لشخص ، فان الشراء يكون نافذاً على الفضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه ، لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمـام البائع ، ولا يسأل أمام البـائع غيره وفي الامكان إلزامه باعتباره مشترياً لنفسه ، فينفذ العقد عليه ويلزم به . أما إذا باع ملك غيره لم يكن بالامكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير ، لأن نفـــاذه عليه يستلزم الاضرار به ، وذلك ببيع ملكه من غير رضاه فلا ينفذ هـذا العقد على أحد (٢)

ويبدو من ذلك انه يفرق بين الفضولية في البيع والشراء ، فالشراء فضولاً ينفذ على المشتري اذا رفض من وقع الشراء له الاجازة ، والبيع عن المالك فضولاً ينفذ على المالك إذا أجازه وإذا رفضه يقع لغواً ولا ينفذ على أحد .

ومقتضى التعليل الذي اعتمده للفرق بين الأمرين هو عدم نفوذه على المشتري

---

١ ــ انظر احكام المعاملات الشرعية ص ١٢٣ .

٢ ــ نفس المصدر ص ١٢٣ .

لانه لم يلتزم الشراء لنفسه بل التزمه لغيره ، فاذا لم يجز الغير ورفض الشراء يجب أن يكون العقد لغواً لان الزام المشتري بـه في هذه الحـالة اضرار به ، هذا بالاضافة إلى ان قصد المتعاقدين لا بد من مراعاته في العقود ، والمفروض ان المشتري قد اشترى لغيره ولم يقصد الشراء لنفسه .

الشرط الثاني : من شرطي نفوذ الاجازة ان يكون للعقد مجيز حين انشائه ، كأن يبيع عقـار رشيد او عقار صغير بمثل قيمته ، فان للمالك الرشيد الحق في اجـازته وينفذ العقد من حين صدوره ، لان له أن يتولى البيع بنفسه ، ولولي الصغير الحق في اجازة العقد ، لان له انشائه ايضاً ، ولو باع عقار الصغير فضولا بغبن فاحش لا يتسامح الناس بمثله ، او طلق زوجته أو وهب ماله فضولا يكون العقد باطلًا لا تصححه الاجازة لان هـذا العقد ليس له مجيز حين صدوره ، حيث ان الصغير ليس أهلًا للاجازة ، والولي ليس له الحق في اجازته مع الغبن الفاحش المضر بحال الصغير ، كما وانـه لا يملك الموافقة على طلاق زوجـة الصغير وهبـة أمواله (١) .

وقد ذكرنا رأي الجعفريين في هذه المسألة ، وان اكثرهم يرجح صحة الفضولي ولو لم يكن للعقد مجيز حين انشائه ، كما لو باع شخص مال اليتيم ولم يكن البيع مصلحة له ، او زوج شخص الصغير الذي لا ولي له حين العقد ، فاذا بلغ تصح منه الاجازة وينفذ العقد،ولم يخالف بذلك إلا العلامةالحلي والاسكافي من فقهاء الشيعة.

والظاهر ان النزاع بين الجعفريين في ان الاجازة تصحح العقد من حـين صدوره او من حين صدورها ، هذا النزاع لا أثر له في فقه السنة ، ذلك لأن القائلين بصحة الفضولي ولزومه بالإجازة يصرحون بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره ، وان جميع زوائد المبيـع ونمائه الحـاصلة بين العقد والإجازة هي للمشتري .

---

١ ـ انظر المصدر السابق ص ١٢٤ والفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٦

وقال الشيخ علي الخفيف : واجازة العقد تجعله وكيلاً في اصداره، وكأنه قد وكله بذلك قبل مباشرته ، ولذا قال الفقهاء : الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة فيصير العقد نافذاً من وقت انشائه .

وأضاف إلى ذلك ان الاجازة لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت فيها الشروط التالية :

الأول : ان تكون ممن له ولاية انشاء العقد ، فلو وقعت من غيره لا تؤثر في صحته .

الثاني : ان تصدر حال حياة الفضولي لأنه ينقلب بها وكيلاً عنه في بيع ماله ، فإذا توفى الفضولي البائع او الفضولي المؤجر لم يصح العقد باجازة المالك ، نعم إذا كان فضولياً في الزواج والطلاق ونحوهما من العقود التي لا ينقلب الفضولي فيها إلى وكيل بعد الاجازة ، هذا النوع من العقود يصح بالإجازة من المالك ولو كانت بعد وفاة العاقد الفضولي ، لأن الفضولي في هذه العقود تنتهي مهمته بإنشاء الصيغة ولذا فانه لا يملك ابطالها بعد انشائها ، وينتج من تصنيف العقود من ناحية الاجازة ، انه لو باع شخص مال غيره فضولا ومات قبل اجازة المالك لم تعد الإجازة صالحة لتصحيح العقد وترتيب الآثار عليه ، ولو زوج شخص امرأة فضولا ومات قبل اجازتها فلها ان تجيز بعد وفاته ويصح نكاحها .

الثالث : ان تكون الإجازة في حياة الطرف الآخر الأصيل ، فلا تكفي اجازة عقد البيع بعد وفاة المشتري ، ولا اجازة عقد النكاح بعد وفاة الزوج الأصيل (١) .

---

١ ـ لقد ذكرنا أن العقد لا يبطل بموت الاصيل قبل الاجازة عند الامامية ، لان المال الذي انشا الاصيل المعاوضة عليه ينتقل بموته الى ورائه من غير فرق بين ان تكون الاجازة كاشفة او ناقلة ، واذا اصبح المال ملكا للوارث فلا بد من اجازتهم للعقد الصادر من مورثهم فان اجازوه صح العقد من جهتهم وباجازة المالك الاخر يصح من الطرفين ويلزمهما الوفاء به

الرابع : ان لا يعرض على المبيع او الثمن ما يوجب هلاكه قبل الاجـازة ، فلا تكفي اجازة العقد بعد تلف المبيـع ، لانه يترتب على الاجازة نفاذ العقد ، ونفاذه بظهور أثره في محله ، وإذا كان محله معدوماً لا يظهر له أثر فيه (١)

*
* *

---

١ ـ لقد ذكرنا ان الجعفريين يذهبون الى بطلان العقد وعدم كفاية الاجازة لتصحيحه في مثل هذه الحالات .

١ ـ انظر احكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٢٥ .

الفضولي في التشريع المدني

٢٨

يدعي الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد . ان الفضولي الذي بحثه الشرعيون وتعرضوا لاحكامه مسكوت عنه في التشريع المدني ، وقد تعرض التشريع المدني لنوع من التصرفات بعنوان الفضالة ، وتعرض لاحكامها ونتائجها ولم يلتزم الجانب الذي حدده الشرعيون في ابحاثهم عن تصرفات الفضولي ، ومع ذلك فالناحية التي بحثها التشريع بعنوان الفضالة ليست بعيدة عن الفضولية في الفقه الاسلامي بل تلتقي معها في كثير من الاحكام والآثار .

وقد عبّر عن الفضولي المبحوث عنه في الفقه الاسلامي بالعقد الموقوف، وفرق بينه وبين العقد القابل للابطال ، بأن القابل للابطال تترتب عليه آثاره من حين صدوره في حين ان العقد الموقوف لا يترتب عليه أثر إلا بعد الاجازة ممن له التصرف كالمالك والوصي والولي ، مع العلم ان كلًا منهما قد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة ، ومثل للعقد الموقوف بما لو صدر العقد من شخص لا ولاية له على انشائه ، وبما لو تخطى الوكيل والوصي حددوا الوكالة والوصاية ، واستطرد يقول : وحكم هذا النوع من العقود انه لا يترتب عليه أي أثر من آثاره على الرغم من انه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده ، بل يتوقف ترتب اثره على اجازته ممن له حق مباشرته ، فان اجاز اجازة صحيحة نفذ العقد من وقت صدوره، وان رفض بطل ، فالاجازة في عقد الفضولي تبعث فيه الحياة،

ومضى يقول: ان الفضولي بالمعنى المتقدم مسكوت عنه في التشريع المدني،وهذا السكوت يخول وفقاً للمادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدني الرجوع في شأن هذا العقد إلى مصادر القانون الأخرى ، ومنها الشريعة الإسلامية ، ويجيز لنا ان نستمد من هذه الشريعة فكرة العقد الموقوف لنسد بها النقص البادي في التقنين المدني ، وقد أقر المشرع صراحة في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٦ سنة ١٩٥٢ ، الخاص بالوية على المال حيث صرح بأن عقد الوصي خارج حدود الوصاية يكون موقوفاً على اجازة المحكمة ولا ينتج أي أثر إلا متى تمت اجازته .

ومن ذلك تبين ان الفضولي المبحوث عنه في الفقه الاسلامي بالرغم من ان المشرعين المدنيين قد أهملوا الناحية التي اهتم بها الشرعيون في ابحاثهم عنه ومع ذلك فهو لا يعد من العقود الفاسدة عندهم ، بل هو عقد صحيح يتم ويتكامل باجازة من له التصرف في اصداره ، ويكون للاجازة مفعول رجعي بالنسبة إلى الآثار المقصودة للمتعاقدين، ويشترك الفضولي مع العقد القابل للابطال الذي تعرض لأحكامه الفقه المدني كما جاء في نظرية العقد للدكتور مرقس ، ان كلاً منهما يحتاج إلى الاجازة غير ان اجازة العقد القابل للابطال تبعد عنه عوامل الفناء وتقوي فيه عوامل الصحة وتؤيد ما انتجه من الآثار ، اما الاجازة في عقد الفضولي فإنها تبعث فيه الحياة وتسمح بأن تترتب عليه الآثار المقصودة منه ، في حين ان الفضولي يختلف عن العقد القابل للابطال (١) في ان القابل للابطال ينتج جميع آثاره من وقت ابرامه ، وعقد الفضولي لا ينتج اي اثر قبل ورود الاجازة عليه ، ويشترط في صحة اجازة العقد القابل للابطال الشروط التالية :

الأول : علم المجيز بالسبب الذي جعل العقد قابلاً للابطال واتجاه ارادته نحو

---

١ ـ والعقد القابل للابطال هو الذي يكتمل وجوده وتتوافر اركانه ، ولكنه يفقد شرطا من شروط صحة اهم ركن ن اركانه وهو الرضا ، وذلك فيما لو كان الرضا فيه مشوبا بغلط او تدليس او اكراه ونحو ذلك من بواعث الرضا بالعقد .

التنازل عن حقه في ابطال العقد .

الثاني : زوال ذلك السبب فمن كان عقده قابلاً للابطال لنقص أهليته او لكونه مكرهاً لا تصح اجازته إلا بعد زوال هذا السبب بأن يزول عنه الإكراه، او يصبح كامل الأهلية .

الثالث : أهلية المجيز وقت الاجازة ، فلو كان العقد قابلاً للابطال لغلط او تدليس ونحوهما من عيوب الارادة ، ولكن العاقد لم يجز العقد إلا بعد ان اصبح محجراً عليه لسفه او بله وغيرهما فلا تصح اجازته في هذه الحالة (١) .

ومما يجدر بنا ذكره ان القانون المدني العراقي قد عالج العقود الموقوفة على حد تعبيرهم في المواد ١٣٥ و ١٣٦ ، وتعرضت المادة ١٣٥ لعقد الفضولي ، والمادة ١٣٦ للاجازة واحكامها ، وقد جاء فيه من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك، فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً، ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من الطرف الآخر ، وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي يبطل العقد ، ويرجع المشتري على الفضولي بالبدل إذا كان قد دفعه اليه ، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الأصيل عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء (٢) .

وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها للمشتري وهلكت في يده بدون تعد منه

---

١ ـ انظر نظرية للدكتور مرقس ص ٢٨٢ و ٢٨٣ و ص ٣١٢ و ٣١٣ و ٣١٤ وقد اخذ الفقه الجعفري هذه الشروط بعين الاعتبار ولم يعتن بالاجازة بدونها وقد ذكرنا ذلك خلال حديثنا عن الفضولي في الفقه الشيعي .

٢ ـ لقد ذكرنا ان اكثر الفقهاء الجعفريين ومنهم الشيخ الانصاري في مكاسبه قد ذهبوا الى ان المشتري ليس له ان يرجع على البائع الفضولي فيما لو تلف العوض في يد الفضولي اذا كان عالما بانه فضولي في بيعه، لانه قد سلطه عليه مع العلم بان المالك قد لا يجيز العقد ، كما رجح جماعة من الفقهاء عدم الرجوع عليه بالثمن ولو كان باقيا .

او تفريط بها فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء ، فإذا اختار احدهما ورجع عليه سقط حقه عن الآخر (١) .

وجاء في المادة ١٣٦ فيما يتعلق باجازة عقد الفضولي : اجـازة العقد الموقوف تكون صراحة ودلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الأصلي او المعقود عليه وقت الاجازة (٢) .

والمتحصل من هذه المادة ان الاجازة كما تكون بالألفاظ الصريحة تكون بالفعل الدال عليها وانها تؤثر في العقد من حـين صدوره كما هو مفاد الكشف الحكمي والحقيقي عند الجعفريين ، ويكفي في صحتها وجود من يملكها حـين العقد (٣) .

وقد بحث السنهوري في الوسيط موضوع التصرف في ملك الغير بعنوان الفضالة بحثاً موسعاً وكما ذكرنا قد يلتقي في كثير من أمثلته ونتائجه مع الشرعيين في أبحاثهم عن الفضولي وهي من الناحيـة الموضوعية ترتكز على الأركان الثلاثة التالية :

الأول : ان يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر كبيـع وشراء واجارة وعمل من الأعمال ، وهذا هو الركن المادي على حد تعبير السنهوري .

الثاني : ان يقصد الفضولي بعمله مصلحة رب العمل وهو الركن المعنوي .

---

١ ـ وقد اختار اكثر الجعفريين هذا الراي في مسالة تعاقب الايادي على ملك الغير .
٢ ـ انظر الموجز في شرح القانون المدني لعبد المجيد الحكيم ص ٢٨٢ .
٣ ـ وقد اختار العلامة الحلي والفقيه الاسكافي عدم الاكتفاء بوجود المجيـــر للعقـــد حين الاجازة بل لا بد من وجوده حين العقد .

الثالث : ان لا يكون ملزماً بما قام به ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه ، وقد مثل للركن الأول بما لو كان وكيلاً عن رب العمل وتجاوز حدود الوكالة ، او استمر بعمله بعد انتهاء مدة وكالته من موكله،او قبل هبة من الواهب للموهوب له او أجر عيناً مشاعة بينه وبين شخص آخر ، ولا يكفي في الفضالة ان يكون ذلك العمل نافعاً للمنوب عنه ، بل لا بد مع ذلك من كونه من الشؤون العاجلة بالنسبة اليه ، فإذا كان كذلك كان لازماً على رب العمل ، وإذا كان نافعاً ولم يكن من الشؤون العاجلة فلا يجوز للفضولي ان يتدخل ويباشر ذلك العمل ، وإذا تدخل لا يكون صاحب العمل ملزماً به ، وله ان يجيز تدخل الفضولي في هذه الحالة أي ان العمل لا يكون نافذاً إلا بعد اجازته ، والمراد بكونه من الشؤون العاجلة لرب العمل ان يكون ضرورياً بالنسبة اليه ، بنحو يكون العمل الذي قام به الفضولي من الأعمال التي لا يتوانى عنها صاحبها ، وذلك كما لو أجر ملكاً لغيره لا يمكن استغلاله إلا بالاجارة وكما لو باع بعض محصولاته التي هي في معرض التلف ، او تعاقد الفضولي مع شخص لإصلاح منزل لغيره (١) .

ويبدو ان السنهوري يفرق بين الفضولي والفضالة ويعتبر في الفضالة ان تكون نية الفضول متجهة إلى العمل لمصلحة الغير،لأن الفضالة من التفضل على حد تعبيره، فإذا اتجهت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا يكون فضولياً حتى ولو عاد العمل على الغير بالمنفعة ، ويترتب على ذلك انه لو ظن او اعتقد انه يعمل لمصلحة نفسه فتبين ان العمل للغير لا يكون فضولياً ، وذلك كما لو باع أو أجر مالاً ظن انه ملكه ، فإذا هو لغيره ففي مثل ذلك لا يكون فضولياً بالمعنى المقصود من الفضالة (٢) .

اما الفضولية بما لها من المعنى الواسع عند الشرعيين التي تشمل التصرف في

---

١ ـ انظر الوسيط ص ١٢٣٦ و ١٢٤٠ .

٢ ـ نفس المصدر .

مال الغير حتى ولو لم يكن فيه مصلحة له ، وتشمل تصرف العاقد لنفسه كما لو ظن او اعتقد ان المال له فباعه لنفسه وتبين انه لغيره ، هذا النوع من الفضولية ليس من الفضالة ، ولو اجاز المالك العمل الصادر من غيره يخرج عن عنوان الفضالة ويصبح وكيلاً ذلك الغير فيه ، لأن الوكالة كما تكون بالاذن السابق كذلك تكون باجازته المتأخرة سواء كان القائم بالعمل مستوفياً للشروط التي هي من اركان الفضالة ، او لم يكن ، فالاجازة المتأخرة تجعل القائم بالعمل وكيلاً من حين تدخله في شؤون الغير ، ولو كان المالك او رب العمل حين تصرف الفضولي غير صالح للاجازة كما لو كان قاصراً او مكرهاً ، ولكنه وقت الاجازة أصبح كامل الأهلية فإجازته تصحح تصرف العاقد من حين صدوره (١) .

وقد فرق السنهوري بين ان يتصرف الفضولي لنفسه بمال الغير وبين ان يتصرف به لصاحب المال ، ففيما إذا تصرف فيه لصاحب المال بأن باع لصاحب المال او أجر له فلا يشترط فيه ان يكون كامل الأهلية ، ويكفي فيه ان يكون مميزاً ولو لم يبلغ سن الرشد ، اما إذا تصرف لنفسه بالبيع او الشراء ، او باشر عملاً في مال الغير باسمه الشخصي فلا بد وان يكون كامل الأهلية لأنه قد التزم البيع والعمل لنفسه (٢) .

ولم يفرق الجعفريون بين الفضولي والأصيل من حيث اعتبار الأهلية الكاملة فيها كالبلوغ والرشد والإختيار وغير ذلك من الشروط التي لا بد منها في المتعاقدين ، وليس الفضولي كالوكيل في اجراء العقد ، لأن الوكيل يمكن ان يكون آلة في ايجاد العمل المكلف به بنحو لا يكون له أكثر من هذه الصلاحية ،

---

١ ـ نفس المصدر ص ١٢٤٣ وقد ذكرنا ان اكثر الجعفريين في فقههم يرون ان الاجازة المتاخرة تكفي لترتيب الاثار على العقد من حين صدوره كما يكتفون بها ممن هو كامل الاهلية حين صدورها وان لم يكن صالحا للاجازة حين العقد .

٢ ـ المصدر السابق ١٢٥٦ .

ولذا لم يشترط بعض الفقهاء فيه اكثر من كونه مميزاً ولو لم يكن بالغاً رشيداً ، على ان اكثر الفقهاء لا يفرقون بين الوكيل والاصيل من هذه الناحية، ويشترطون فيه أن يكون صالحاً لأن يستقل بنفسه في جميع تصرفاته ، كما يبدو ذلك من الجاميع الفقهية الشيعية كالجواهر والحدائق وغيرهما .

وجاء في الوسيط : ان الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها مع مورثهم ، وأضاف إلى ذلك بأن موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه فهو فضولي بالنسبة اليهم كما كان فضولياً بالنسبة لمورثهم (١) .

والمقصود من ذلك ان تصرفات الفضولي تبقى صالحة للتأثير فيما لو لحقتها الاجازة من الوراث لأنها متعلقة بأموال مورثهم وأمواله تنتقل اليهم بمجرد موته فيقومون مقامه فيما يعود إلى الاحكام والاثار المترتبة على هذه التصرفات ، ولا يضر في ذلك تبدل المالك .

ويلتقي السنهوري في هذا الرأي مع اكثر الفقهاء الجعفريين حيث نصوا على انه لو مات المالك ينتقل المال موضوع العقد إلى وراثه فلهم اجازته ورده كما كان لمورثهم ذلك ، لا من جهة انهم يرثون الاجازة ، بل لأنهم يرثون أصل المال الذي باعه الفضولي او تصرف فيه بنحو من انحاء التصرف المحتاج إلى موافقة المالك ، فلا بد من اجازتهم وموافقتهم على تصرفات الفضولي (٢) .

ومجمل القول ان الفضالة التي يبحث عنها الفقه المدني لا تختلف من الناحية الموضوعية عن الفضولية التي بحثها الشرعيون ذلك لأن قوامها التصرف في مال الغير بيعاً وشراء واجازة ونحو ذلك ، ولكن الشرعيين يبحثون عن هذه

---

١ ـ انظر ص ١٢٦١ من الكتاب المذكور .

٢ انظر صفحة ٢٤٢ من نهج الفقاهة للسيد الحكيم .

التصرفات من حيث كفايتها ونفوذها بعد الموافقة عليها من المالك سواء كانت من الشؤون العاجلة بالنسبة اليه او لم تكن وسواء أكانت لمصلحته او لمصلحة العاقد او لغير ذلك من الجهات ولا يرون المالك ملزماً بشيء لمصلحة الفضولي حتى ولو أنفق على المال الذي تصرف فيه بالبيع والشراء أو بغيرهما من الاعمال أو تحمل في سبيله بعض المتاعب والاضرار لأنه متبرع في أعماله وتصرفاته .

والمدنيون يبحثون عن الفضالة بعد وجود أركانها الثلاثة التي ذكرناها من ناحية الفوائد المترتبة عليها للفضولي ولرب العمل ، ويرون المالك ملزماً بأربعة أمور للفضولي :

الأول : تنفيذ التعهدات وجميع الاعمال التي قام بها الفضولي بالنيابة عنه .

الثاني : أن يدفع إلى الفضولي تعويضاً عن التعهد الذي عقده باسمه .

الثالث : أن يرد اليه النفقات الضرورية التي أنفقها،وأن يدفع له اجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به من اختصاصه .

الرابع : أن يعوض على الفضولي في مقابل الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

هذه الالتزامات الاربعة لا بد من تنفيذها كما تنص على ذلك المادة١٩٥ ، وإذا لم يكن لرب العمل مصلحة في العمل ولم يكن من المصالح المستعجلة بالنسبة اليه لا يجوز للفضولي أن يتدخل وأن يقوم بأي تصرف في مال الغير ، وإذا تصرف والحال هذه لا يكون رب العمل ملزماً له بشيء ، ولكنه إذا رأى أن يجيز تصرفه ، فان الاجازة تجعل العمل نافذاً في حق المجيز وفقاً للقواعد العامة ويصبح وكيلاً عنه في التصرف أي ان احكام الوكالة تعطى لهذا التصرف ويخرج بذلك عن الفضالة التي يبحث عن احكامها واثارها الفقه المدني (١).

---

١ ـ انظر الوسيط ص ١٢٣٦ ، وقال الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل : وقد نظر القانون المدني نظرة طيبة لتصرفات الفضولي اذا فرض فيه حسن النية بما يقوم به من تصرفات للغير بقصد الخير لهم ، ولهذا تقول المادة ١٩٠ تسري قواعد الوكالة إذا اقر رب العمل ما قام به الفضولي .

الفصل الثالث في محل العقد

الشروط التي يجب ان تتوفر في محل العقد

٢٩

لا يعطي العقد النتائج المطلوبة للمتعاقدين إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية :

الأولى : ان يكون للعوضين مالية بنظر العرف والشرع ، ومعنى ذلك ان لا يكون الشيء الذي يراه العرف من الأموال قد نهى الشارع عن التعامل به ، كالخمر والخنزير والحشرات ونحو ذلك ، والمراد من المال هو الذي يصلح للانتفاع سواء أمكن الانتفاع به مع بقاء اصله كالأملاك والعقارات ونحوهما ، ام كان الانتفاع به مستلزماً لإتلافه كالحبوب وجميع المأكولات وما اشبه ذلك ، وسواء كانت مالية الشيء بالإعتبار وقوة النفوذ كالأوراق النقدية وغيرهما مما تعارف التعامل به وبذل الأموال في مقابله ، ام كانت ماليته من حيث ذاته كالحبوب التي لا يستغني عنها عامة الناس والجوهرات والذهب والفضة ونحو ذلك مما لا يحتاج إلى السلطان وغيره ممن بيدهم القوة والنفوذ ، ومن ذلك تبين ان الشيء الذي تصح المعاوضة عليه لا بد وان يكون مالاً بنظر العرف من غير فرق بين ان تكون ماليته ملازمة لذاته وبين ان تكون عارضة عليه بسبب اعتبارها من اصحاب القوة والنفوذ او من غيرهما ، كما لو دعت الحاجة إلى استعمال بعض الأعشاب للتداوي ، وشاع نفعها لذلك المرض بين الناس فبطبيعة الحال يصبح لذلك الدواء

مالية بنظر العرف ، وقد يبذلون في سبيله أغلى الأثمان ويتنافسون على الإتجار به ، وحينئذ فما ليس مالا بنظر العرف كالحشرات ونحوها لا يصح التعاقد عليه ، كما وان الأشياء التي أسقط الشارع ماليتها كالخمر والخنزير والميتة والفضلات ونحو ذلك لا يصح الإتجار بها لأن الشارع لم يحترم ماليتها ولم يقر التعامل بها ، ولا ملازمة بين سلب المالية عن الشيء وسلب الملكية عنه ، ذلك لأن الملكية قوامها ذات الشيء ، والمالية تتقوم بما يترتب على الشيء من الفوائد والمنافع ، ومعلوم ان الاتجار والتعامل بين الناس لغاية الانتفاع ودفع الضرورات ، وإذا لم يكن للشيء مالية لا تحصل الغاية المطلوبة من المعاملة ، ولذلك لا يكفي في العوضين ان يكونا مملوكين للمتعاقدين إذا لم يكن لهما مالية بنحو من الأنحاء التي ذكرناها .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ان كل ما تحقق انه ليس بمال عرفا فلا أشكال ولا خلاف في عدم وقوعه عوضاً في المعاملة ، وما لم يتحقق فيه ذلك فان كان أكل المال في مقابله اكلا بالباطل بنظر العرف فالظاهر فساد المقابلة بينه وبين المال ، وإذا لم نتحقق ذلك من العرف ، فان ثبت بدليل من نص او اجماع عدم جواز بيعه فهو ، وإلا فلا يخفى جواز الرجوع فيه إلى عمومات صحة البيع والاجارة ، بالاضافة إلى ما جاء عن الإمام (ع) : كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات ، فذلك حلال بيعه وشرائه » .

ولم يخالف في اعتبار هذا الشرط في العوضين أحد من الفقهاء الجعفريين ، وغيرهم من فقهاء المذاهب الاسلامية كما يبدو ذلك من بعض النصوص الفقهية .

فقد جاء في كشف القناع المجلد الثاني : ان من شروط المبيع والثمن ان يكونا مالين ، والمال شرعاً هو ما أبيح الانتفاع به من الاعيان والمنافع من غير حاجة او ضرورة ، ويخرج من ذلك ما لا نفع فيه اصلاً كالحشرات وما فيه منفعة محرمة كالخمر او منفعة للحاجة كالكلب ، او للضرورة كالميتة حال

المخمصة (١) .

وقال في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الاربعـة : الشرط الرابع أن يكون المبيع مالاً متقوماً شرعاً ، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه من كل مـا لا يباح الانتفاع به شرعـاً ، وكذلك لا ينعقد بيع اليسير من المال كحبة مـن حنطة لأنها ليست مالاً متقوماً ، وأضاف إلى ذلك : انه يشترط في كل واحد من العوضين ان يكون مالاً قائماً فاذا عدم أحدهما لا ينعقد البيع (٢) .

الشرط الثاني : ان يكون الثمن والمبيع مملوكين للبائع والمشتري ، ولازم ذلك عدم جواز بيع المشاعات بين جميع الناس كالماء والاعشاب والهواء والاسماك قبل اصطيادها والطير في الهـواء والوحوش في البراري وغير ذلك ممـا يشترك به جميع النـاس قبل حيـازته ومن ذلك الاراضي التي يستولي عليها المسلمون في حروبهم مع غير المسلمين بقوة السلاح وذلك إذا كانت عامرة حينذاك ، ذلك لأنها ملك لجميع المسلمين ، والمراد من ملكيتهم لها هو انها تصرف في مصالحهم حسبا يراه الحاكم العادل المتولي لأمورهم .

قال الشيخ مرتضى في المكاسب : وإن رفعت يده عنها قهراً وعنوة فهي كسائر ما لا ينتقل من الغنيمة كالنخل والاشجار والنبات للمسلمين كافة اجماعاً على ما حكاه في الخلاف والتذكرة وغيرهما (٣) وأضاف إلى ذلك : ان النصوص بذلك مستفيضة ، منها رواية الحلبي عن الإمام الصادق (ع) . ان السواد لجميع المسلمين لمـن هو اليوم ، ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم ، ولمن لم يخلق بعد .

---

١ ـ انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦١ و ص ٥٩ من احكام المعاملات الشرعيـة لعلي الخفيف .

٢ ـ انظر ص ١٦٧ من المجلد الثاني الفقه على المذاهب الاربعة .

٣ ـ الخلاف والتذكرة كتابان في الفقـه الجعفري الاول منهمـا للشيـخ الطوسي والثاني للعلامـة الحلي .

وجاء في رواية حماد بن عيس عن أحد الائمة (ع) : والارض التي أخذت بخيل وركاب هي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ، ويقوم عليها على قدر ما صالحهم الوالي من الخراج النصف او الثلث او الثلثين على ما يكون صالحاً لهم ولا يضر بحالهم (١) .

ومن ذلك تبين ان السبب في عدم جواز بيعها هو عدم كونها مملوكة لهم ملكية مطلقة تبيح لهم التصرف بكل انواعه ، والمراد من ملكيتهم لها من وجد وسيوجد كما جاء في رواية الحلبي عن الصادق (ع) انها تصرف في مصالحهم برعاية السلطان المتولي لأمورهم .

والظاهر اتفاق المذاهب على ذلك ، فقد جاء في المدخل لنظام المعاملات ان الأملاك العامة التي هي تحت اشراف الدولة حالها حال المباحات في عدم جواز بيعها ، والنص الحرفي لعبارته : ومثل هذه المباحات في انها لا تكون موضوعاً للعقد ، الأملاك العامة للدولة كالطرقات والأنهار والجسور والقناطر العامة .

وأضاف إلى ذلك في الهامش من ص ٣٦٢ : وفي القانون المدني اشتراط ان يكون محل العقد قابلاً للتعامل ، وهذا يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له فما يتنافى معه لا يجوز ، وإلا كان جائزاً ، وعلى ذلك لا يجوز بيع جانب من الطريق العام او شاطيء البحر وان كان يجوز للدولة اجارته (٢) .

وفي حكم هذا النوع من الأراضي الأوقاف سواء كانت على الجهات العامة كالوقف على الفقراء وعلى المرضى ونحو ذلك من الأوقاف التي يقصد منها تمليك المنفعة على الموقوف عليهم ، او كانت من الاوقاف الخاصة كالمساجد والمقابر والمشاهد المشرفة كمشهد الرسول (ص) والائمة من ذريته (ع) وغيرهما من

---

١ ـ انظر الكاسب مبحث شروط العوضين .

٢ ـ انظر الكتاب المذكور ص ٣٦٢ .

الاوقاف ، وقد أجمع الفقهاء على عدم جواز بيع الاوقاف بجميع اصنافها وانواعها ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد هذا الحكم (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الذي يمنع عن بيع الوقف هو الأمور الثلاثة التالية :

الأول : حق الواقف حيث انه جعل الموقوف صدقة جارية لينتفع بثوابه ما دام موجوداً وصالحاً للانتفاع .

الثاني : حق الطبقات المتأخرة في المنفعة او الانتفاع ، ذلك الحق الذي جعله الواقف لهم بمقتضى صيغة الوقف التي تدل على ثبوت هذا الحق لجميع الطبقات .

الثالث : حق الله سبحانه لأن الوقف لا بد فيه من التقرب لله ، ولأجل ذلك كان اقرب إلى العبادات من المعاملات .

والظاهر ان الاجماع الذي يدعيه الشيخ الانصاري وغيره على عدم جواز بيع الوقف لا يشمل جميع انواع الوقف ، فما كان من نوع المساجد والمقابر والمدارس ونحو ذلك من الاوقاف في وجوه الخير ، والتي لم يقصد الواقف من وقفيتها إلا الانتفاع بالعين الموقوفة ، وليس فيها ما يشبه التمليك لفئة من الناس او لطبقة من الطبقات التي تتصل به بنسب أو سبب ، هذا النوع من الاوقاف هو المتفق على عدم جواز بيعه عند الفقهاء ، أما الاوقاف التي تكون على الطبقات ولا

---

١ ـ قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا في الجلة ومحكيا ، واضاف الى ذلك . ان على بن راشد قال سالت ابا الحسن (ع) : قلت جعلت فداك اني اشتريت ارضا الى جنب ضيعتي فلما عمرتها خبرت انها وقف ، قال (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الغلة الى ملك ادفعها الى ما وقفت عليه ، قلت لا اعرف لها ربا . قال تصدق بغلتها .

تختص بطبقة دون أخرى ، والتي هي أشبه من هذه الناحية بالتمليك لجميع البطون بنحو الترتيب ، فليس في النصوص الفقهية الحاكية لآراء الفقهاء ما يؤكد اجماعهم على عدم جواز بيع هذا النوع من الموقوفات ، مع العلم بأن الأدلة والنصوص المروية عن الائمة (ع) بالنسبة إلى الوقف واحكامه وبخاصة فيما يتعلق بعدم جواز التصرف فيه بالبيع وغيره من التصرفات الناقلة بمقتضى اطلاقها تشمل جميع أنواعه وأصنافه ، ومما يدل على ان الفقهاء لم يجمعوا على عدم جواز بيع الوقف بجميع أنواعه ، ان جماعة منهم قد صرحوا بجواز بيع الوقف في بعض الحالات وفيما لو طرأ عليه ما يعرضه للتلف ، وقد أورد الفقهاء في مجاميعهم الفقهيه مجموعة من الظروف الطارئة التي تسوغ للموقوف عليهم او لولي الوقف بيع الموقوف وصرفه لمصلحة الموقوف عليهم او استبداله بغيره بنحو تتحقق الفائدة التي قصدها الواقف (١) .

وكما لا لا يصح بيع الوقف لخروجه عن ملك الواقف ولعدم كونه مملوكاً لأحد ، كذلك لا يصح بيع العين المرهونة ، لأن سلطنة المالك عليها لا تتسع لمثل هذا النوع من التصرف بعد ان تعلق للغير حق بالعين المرهونة ، والمراد من عدم صحة البيع في مثل ذلك ، هو عدم استقلال المالك في البيع ، كما نص على ذلك اكثر الفقهاء ، فاذا باع المالك لا ينفذ البيع إلا بعد اجازة الراهن ، كما وان النصوص التي تعرضت لحكم الاعيان المرهونة لا تدل على بطلان العقد الواقع عليها ، فقد جاء عن النبي (ص) : ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف » .

ومن الجائز القريب ان يكون المراد من منعهما من التصرف ، هو عدم استقلال كل منهما بالتصرف فيها تصرفاً يزاحم حق الآخر ، وهذا لا يمنع من صحة تصرف كل منهما إذا أجازه الآخر ووافق عليه ، على ان النصوص التي تدل على صحة الفضولي بالاجازة من المالك ، تدل على صحة التصرف الواقع من المالك إذا

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ الانصاري الفصل الذي عقده في مسوغات بيع الوقف.

أجازه الراهن بالاولوية .

هذا بالاضافة إلى ان الإمام (ع) قد أجاب من سأله عن نكاح العبد بدون إذن من سيده : ان العبد لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز فهو له جائز » والمقصود من ذلك ان ما يكون منهياً عنه من جهة حقوق الناس ، هذا النهي لا يوجب بطلان العمل ولا المسؤولية والمؤاخذة عليه إذا رضي صاحب الحق واجاز التصرفات الواقعة بغير اذنه ، لذا فان جماعة من متقدمي الفقهاء ومتأخريهم قد ذهبوا إلى صحة العقد الواقع من المالك إذا أجازه الراهن ، وصحته من الراهن لو أجازه المالك (١) .

ويظهر من الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد : ان هذين الشرطين لا بد من توفرهما في محل العقد ، فلقد جاء في الكتاب المذكور : ان الاشياء التي لا يقع عليها العقد منها ما هو خارج عن العقد بطبيعته ، ومنها ما يخرج عن التعامل بحكم القانون ، وقد مثل للأول بالأشياء التي لا يمكن لاحد ان يستأثر بها ، وذلك كالمباحات التي يشترك بالانتفاع بها جميع الناس ولا يمنع منها احدهم الآخر ، كالماء والهواء وأشعة الشمس وغير ذلك من المباحات العامة ، ومثل للثاني بالاموال العامة ، والاعيان الموقوفة .

قال : والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي اولا الاشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها سواء كان ذلك نظراً للغرض الذي خصص له الشيء كما في الاموال العامة والاعيان الموقوفة ، ام كان نظراً للخطر الناشىء عن التعامل فيه كالحيوانات الموبوءة والحشيش والافيون ، وأضاف إلى ذلك : ويخرج عن التعامل بحكم القانون ايضاً الاشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام والآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل وقد مثل لذلك

---

١ ـ المكاسب مبحث عدم جواز بيع الاعيان المرهونة ، ونهج الفقاهة ومنية الطالب .

باعضاء الانسان وبيوت القمار .

وفيما يتعلق بالشرط الاول الذي ذكرناه وهو مالية العوضين ، قال ان الحقوق غير المالية تعتبر خارجة عن التعامل فلا يجوز بيعها ولا التعامل عليها بأي عقد من العقود التي تشبه البيع في نتيجتها ، ومثل لذلك بالحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح في الانتخابات وحق الحرية الشخصية وحرية العمل والرأي والولاية والسلطة الزوجية ونحو ذلك (١) .

وهذه الحقوق لا يصح بيعها ولا يقع التعامل عليها لانها ليست مالا ولازم ذلك ان كل ما ليس بمال سواء كان من الاعيان الخارجية او من الحقوق لا يصح العقد الواقع عليه ولا يصلح لان يكون عوضاً في المعاملات .

*
* *

---

١ ـ انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ١٩٠ و ١٩١ .

من شرائط المحل القدرة على التسليم

٣٠

ومن الشروط التي يجب ان تتوفر في محل العقد ان يكون كل مـــن الثمن والمبيع في تصرف البائع والمشتري ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء كما نص على ذلك المحقق الكركي في جامع المقاصد ، والعلامة الحلي في التذكرة وغيرهما ، ومن أمثلة ذلك بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ونحو ذلك .

واستدلوا على ذلك بما جاء عن النبي (ص) : انه نهى عن بيع الغرر ، والمراد من بيع الغرر هو البيع المشتمل على تغرير البائع او المشتري من حيث اقدامهما على ما لا يوثق بحصوله او على مجهول لأحـدهما بنحو لا يطمئن كل منهما بوجود المقابل لماله ، ويؤيد ذلك ما جاء عن الأزهري : من ان بيع الغرر ما كان على غـير عهدة وثقة ، كالبيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وغـير مقدور .

وجاء عن علي (ع) : ان الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر ، ومما لا شك فيه أن بيع غير المقدور يؤدي إلى الإضرار بالمشتري لا سيما إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يتمكن من تسليم المبيع إليه .

قال الشيخ مرتضى الأنصاري : وبالجملة فالكل متفقون على أخذ الجهـالة في معنى الغرر ، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده ، ام بحصوله في يد من انتقل اليه ،

ام بصفاته كماً و كيفاً .

ويظهر من النصوص الفقهية : ان الفقهاء قد استدلوا بالحديث على بطلان العقد إذا لم يكن العوضان في تصرف البائع والمشتري وتحت سيطرتها ، وفي ذلك ما يشعر بأن الغرر الذي نهى عنه النبي (ص) يتسع لصورة ما إذا لم يكن في مقدور كل منهما تسليم العوض إلى الآخر ، على ان ما جاء عن علي (ع) في تفسير الغرر يؤكد اتساع الغرر الذي نهى عنه النبي (ع) لصورة ما إذا لم يكن كل من المتعاقدين قادراً على تسليم العوض إلى الآخر .

ومن جملة الأدلة على عدم صحة العقد إذا لم يكن كل منهما متمكناً من تسليم العوض إلى الآخر ، ان الغرض من البيع هو انتفاع كل من الطرفين بالعوض ، وإذا لم يكن في وسعها تسليم العوضين لا تحصل الغاية المقصودة من العقد ، هذا بالاضافة إلى ان البائع إذا لم يكن قادراً على تسليم المبيع الى المشتري يكون بذل الثمن في مقابله سفهاً ، وتدخل المعاملة في المعاوضات السفهية .

ومهما كان الحال فالذي يبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء متفقون على اعتبار هذا الشرط في صحة المعاملة ، ولكن القدرة على تسليم المبيع الى المشتري ليست معتبرة لذاتها ، بل من حيث وصول كل من العوضين للآخر ، ولذا لو كان المشتري قادراً على استلام المبيع والبائع قادراً على التوصل الى الثمن يصح العقد ولو لم يكن في مقدور كل من البائع والمشتري تسليم العوض إلى الآخر ، ومن أمثلة ذلك صحة العقد على الحيوان الشارد إذا كان المشتري قادراً على الاستيلاء عليه ، وصحة العقد على الطير المملوك للبائع في حالة طيرانه إذا كان المشتري قادراً على التسلط عليه ولو بإصطياده .

ومجمل القول : ان الاعيان التي لا يقدر مالكها على استغلالها وعلى التصرف بها لا يراها العرف من الاموال التي يصح التعامل بها ومقابلتها بالعوض ، ولا تخرج

المعاملة عليها عن السفاهة ، بالإضافة إلى الوجوه المتقدمة ، وفيما لو كان المشتري متمكناً من الاستيلاء على المبيع لا يرى العرف مانعاً من التعامل حتى لم يكن المبيع في تصرف البائع وتحت سيطرته كما مثلنا (١) .

وقد نص على اعتبار هذا الشرط جماعة من فقهاء المذاهب الاربعة ، ويظهر من الدكتور محمد يوسف ان الفقهاء متفقون على ان محل العقد لا بد وان يكون مقدوراً للمتعاقدين .

قال : ويشترط في محل العقد ان يكون مقدور التسليم وقت التعاقد ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء جميعاً ، ذلك لان عقود المعاوضات ليس المهم فيها ان يكون المعقود عليه مملوكاً ، بل يجب بالاضافة إلى ذلك ان يكون المالك قادراً على تسليمه للطرف الآخر ، فالطير في الهواء والسمك في الماء والدار والعقار او اي شيء آخر في يد الغاصب المستبد ، كل ذلك لا يصح العقد عليه .

وقد نص على ذلك علاء الدين الكاساني في المجلد الخامس من البدائع ص ١٤٧ وفي المجلد الرابع ص ١٨٧ من كتاب الإجارة نص على ان من شروط الإجارة ان يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة حقيقة وشرعاً ، كما نص بأنه لو ظهر الأبق بعد العقد عليه وأصبح باستطاعة المالك تسليمه إلى المشتري لا بد من تجديد العقد عليه (٢) .

والذي يظهر من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف كشاهد على اعتبار هذا الشرط : ان القدرة لا بد منها حين العقد ، فلو تجددت بعده بأن أصبح المبيع في قدرة البائع بعد ان كان ممتنعاً عليه لا يكفي لصحة العقد كما نص

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري ، والجواهر للشيخ محمد حسين النجفي كتاب المتاجر .

٢ ـ انظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦٥ .

على ذلك الكاساني في البدائع ، ولا بد من تجديد العقد عليه في هذه الحالة . ومن هنا يبدأ الاختلاف بين الجعفريين وغيرهم من فقهاء السنة ، حيث ان جماعة منهم يكتفون بالقدرة المتجددة بعد العقد .

قال السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة : ولو كانت القدرة معلومة الحصول بعد زمان الإستحقاق بمدة ، فإن كانت يسيرة يتسامح بها فلا ينبغي الاشكال بالصحة ، ولو كانت طويلة مضبوطة لسنة او اكثر ففي الصحة قولان ، ونص المحقق في الشرائع والشيخ النجفي في الجواهر على ان القدرة المتجددة بعد العقد ولو كان الفاصل طويلاً تكفي لصحة العقد كما هو مقتضى الأدلة العامة الدالة على صحة العقود والمعاوضات ، وليس في البين ما يمنع عن العمل بتلك الأدلة إلا الاجماع وحديث نفي الغرر المروي عن النبي (ص) ، وكلاهما لا يصلحان لذلك اما الاجماع فمورده عدم القدرة على العوضين ولا يشمل صورة تجدد القدرة بعد العقد ، هذا بالاضافة إلى انتفائه في المقام مع المخالف ، واما حديث نفي الغرر ، فمع تجدد القدرة ينتفي الغرر ولا سيما إذا علم المشتري بأن البائع سيتمكن من تسليمه المبيع بعد برهة من الزمن .

ويؤكد الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد اتفاق المدنيين والشرعيين على هذا الشرط .

قال : إذا كان محل الالتزام اداء عمل او امتناعاً عن عمل وجب ان يكون هذا الاداء او الامتناع ممكناً لأن غير الممكن مستحيل ، ومن تعهد بمستحيل لا يلزم بشيء لأن تعهده يقع باطلاً كما تنص على ذلك المادة ١٣٢ ، وأضاف إلى ذلك : وكذا إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء، تعين ان يكون نقل هذا الحق ممكناً وإلا لم ينعقد العقد الذي يقصد منه إلى انشاء هذا الالتزام .

والامكان المرادف للمقدور حسب تعبير الشرعيين ، هو ان يكون باستطاعة

كل انسان القيام به ، او كان يستطيع الرجل العادي بملاحظة ظروفه وحالاته ان يقوم باداء العمل او الحق الذي التزم نقله إلى الطرف الآخر ، فإذا لم يكن الشيء الذي تعهد بنقله إلى المشتري مستطاعاً له بملاحظة ظروفه وحالاته ، او لم يكن مستطاعاً لكل انسان كان العقد باطلاً .

وقد فرق السنهوري في الوسيط بين ان يكون المحل غير مقدور بالنسبة لجميع الناس وبين ان يكون غير مقدور بالنسبة إلى البائع لا غير، وعبر عن الحالة الاولى بالاستحالة المطلقة وعن الثانية بالاستحالة النسبية ، ومثل للصورة الاولى بمن باع لشخص جبلاً وتعهد بتسليمه إلى المشتري ونص على بطلان العقد في مثل ذلك ، ومثل للثاني بمن باع ملك غيره وتعهد بنقله إلى المشتري فوراً وعجز عن الوفاء بتعهده بعد صدور البيع فيكون محل الالتزام مستحيلاً في حق البائع لا غير، وفي مثل ذلك لا يبطل العقد من حيث ان المالك قادر على تسليم المبيع إلى المشتري فيما لو وافق على البيع وأجاز العقد (١) .

وهنا يختلف الدكتور السنهوري عن غيره في تحديد الاستحالة المطلقة ، وقد حددها الدكتور مرقس في نظرية العقد : ان يكون محل العقد مستحيلاً بالنسبة إلى الرجل العادي المحاط بمثل ظروف المتعهد العاقد ، والتي منها عدم ملكيته للمبيع بنحو يعجز عن الوفاء بالتزامه ، وهذا المقدار من الاستحالة يكفي لبطلان العقد (٢) .

ومجمل القول : ان محل العقد سواء كان ثمناً أو مثمناً إذا لم يكن مقدوراً للبائع او للمشتري لا يصح العقد الواقع عليه ، وهذا من غير فرق بين ان يكون عدم القدرة عليه لأنه غير مملوك للبائع ، أو لأنه من نوع الحيوانات الشاردة ، أو

---

١ ـ انظر الوسيط ص ٣٨٤ و ٣٨٥ من الهامش .
٢ ـ نظرية العقد ص ١٧٥ و ١٧٧ .

لأنه في يد الغاصب القوي ومن ناحية القدرة ، فالمهم ان يكون مقدوراً للمالك بنحو يقدر على تسليمه للمشتري ، فاذا لم يكن مقدوراً بالنسبة اليه يبطل العقد الواقع عليه سواء كان غير مقدور لجميع الناس ، أو لفئة منهم ، او لمن كان في مثل ظروف العاقد ، او كان مقدوراً لجميع الناس ولكنه كان ممتنعاً بالنسبة للمالك العاقد .

وقد ذكرنا ان اكثر الجعفريين يكتفون بالقدرة التي تحدث بعد العقد ، باعتبار انها ليست شرطاً تعبدياً ، وانما هي ليتمكن كل منهما من تسليم العوض الى الآخر ، ومع حصولها بعد العقد وبخاصة إذا لم يكن الفاصل طويلاً تحصل الغاية المقصودة للمتعاقدين (١) .

*
* *

١ ـ وقد نسب الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد الى الاستاذين محمد ابو زهرة وعلي الخفيف الاكتفاء بالعقد اذا تجددت القدرة على تسليم المبيع بعده ، ص ١٨٠ .

ومن الشرائط العلم بالعوضين

٣١

ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد ان يكون كل من الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه : المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً ، فلو باع بحكم أحدهما بطل اجماعاً ، كما في المختلف والتذكرة ، وأضاف إلى ذلك : ان كل بيع لم يذكر فيه الثمن باطل بلا خلاف .

والدليل على هذا الحكم ما رواه المسلمون عن النبي (ص) انه نهى عن بيع الغرر ، حيث ان المشتري إذا لم يعلم بالثمن المقابل للمبيع ، والبائع إذا يعلم بالعوض المقابل لماله لا يتحقق منهما القصد إلى المبادلة لجواز أن يطلب البائع مالا يرضي به المشتري ، وان يدفع المشتري مالا يقبل به البائع ، والظاهر ان بطلان العقد في مثل ذلك متفق عليه بين الفقهاء ، ولم يخالف فيه سوى الشيخ يوسف البحراني في الحدائق اعتماداً على رواية رواها رفاعة النخاس عن أبي عبد الله الصادق (ع) ولكن عامة الفقهاء لم يعتمدوا عليها لعدم الوثوق بصدورها عن الإمام (ع) ولاشتمالها على بعض الاحكام التي لا يمكن الالتزام بها .

وفيما يتعلق بالمبيع فقد نص جماعة من الفقهاء على انه لا بد وان يكون

معلوماً للمشتري ، وان العلم به من شروط صحة العقد عند جميع الفقهاء .

قال في المكاسب : العلم بقدر المبيع شرط في صحة العقد بإجماع علمائنا كما عن التذكرة ، وعن الغنيـــة ان العقد على المجهول باطل بلا خلاف ، وقد نص صاحب الخلاف على ان ما يباع كيلاً لا يصح بيعه جزافاً وان كان مشاهَداً للمشتري اجماعاً (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية انه لا بد من معرفة العوضين والعلم بهما سواء كانا مما تعارف بيعه بالعدّ او بالوزن او بالكيل وبأي طريق حصل العلم بهما بنحو لا تؤدي المعاملة بين المتعاقدين إلى التغرير والخصومة ، وقد اعتمد الفقهاء بالاضـافة الى نهي النبي (ص) عن الغرر على بعض المرويات عن الائمة (ع) في خصوص مـا يباع في متعارف الناس بالكيل والوزن ، وجاء في رواية الحلبي . ان رجلاً اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ، فقال صاحبه للمشتري : ابتع مني هذا العدل الاخير بغير كيل ، فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت ، قال الإمام (ع) : لا يصلح إلا بكيل ، وما كان من طعام سميت فيه كيلاً لا يصح بيعه مجازفة » إلى غير ذلك من المرويات التي تؤكد ان معرفة العوضين لكل من المتبايعين بالطرق المتعارفة بين الناس لا بد منها في المعاوضات (٢) .

والظاهر ان هذا الشرط متفق عليه بين فقهاء المذاهب الاربعة أيضاً .

فقد جاء في الفقه على المذاهب الاربعة : ان من شروط العوضين أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً علماً يمنع المنـــازعة ، فلا يصح بيع المجهول جهالة تفضي إلى المنازعة ، كما إذا قال البائع : اشتري شاة من القطيع الذي أملكه ، او اشتري مني هـــذه السلعة بالثمن الذي يحكم به فلان ، فان البيع في ذلك لا

---

١ ـ المكاسب مســـألة اشتراط العلم بالعوضين .

٢ ـ المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري .

يصح (١) .

وقال الدكتور محمد يوسف : يجب ان يكون محل العقد معروفاً بطرفيه ومعيناً بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين ، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة ، لورود الآثار عن الرسول (ص) بالنهي عن عقد هذا شأنه ، والجهالة قد تكون يسيرة وقد تكون فاحشة ، والعرف هو الحكم في تحديد ذلك (٢) .

وقال القرافي في الفروق : لقد وردت الاحاديث الصحيحة في نهيه (ع) عن بيع الغرر وبيع المجهول ، واختلف العلماء في ذلك فمنهم من عممه لجميع التصرفات وهو الشافعي ، فقد منع من الجهالة في الهبة والصدقة والابراء والصلح وغير ذلك .

وفصل مالك بين ما كان معاوضة خالصة ، وبين ما هو احسان خالص كالهبة والصدقه والابراء ، فالنوع الاول لا بد فيه من العلم بالعوضين ، والثاني لا يشترط فيه ذلك لانه احسان لا ضرر من الجهالة فيه ، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه لم يبذلا شيئاً في مقابل المال الذي أخذاه من الواهب والمتصدق ، بخلاف النوع الاول ، فان الجهالة فيه تؤدي إلى تضييع المال المبذول في مقابل العوض الآخر .

أما الزواج فمن جهة ان المقصود الاصلي منه ايجاد رابطة الزوجية ، فلا تضر الجهالة بالمهر فيه . ومن جهة ثانية يمكن أن يكون حاله حال المعاوضات المالية المبنية على المبادلة من الطرفين ، لأن المال وان لم يكن ركناً فيه ، إلا ان الشارع قد اعتبر فيه المال مهراً للزوجة وبذلك يكون واسطة بين ما لا تجوز فيه الجهالة

---

١ ـ الفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ١٦٥ كتاب البيع .
٢ ـ الفقه الاسلامي ص ٣٦٤ .

وبين ما يجوز فيه ذلك ، فاذا كانت الجهالة يسيرة فلا تمنع من صحته، واذا كانت مما لا يتسامح العرف فيها فلا يصح العقد معها ، وقد مثل المالكية بمـا لو تزوج رجل امرأة على جهاز وأثاث بيت فهذا النوع من الجهالة لا يمنع من صحة العقد ، ويتعين الرجوع إلى الوسط بنظر العرف ، وإذا تزوجها على عبق آبق او بعير شارد فلا يصح العقد في مثل ذلك ولا يجدي الرجوع إلى العرف في مثله (١) .

ومهما كان الحـال فتعيين العوضين لا بد منه في الفقه الجعفري وغيره . وقد نص على ذلك كل من السنهوري في الوسيط والدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد .

قال الدكتور مرقس : يجب أن يكون محل الالتزام معينـاً حتى يرد عليه الاتفاق ، لأن عدم تعيينه يحول دون الوصول الى اتفاق عليه ، ويستوي في ذلك أن يكون محل الالتزام اداء عمل او امتناعاً عن عمل ، او نقل حق عيني، وأضاف إلى ذلك : انه إذا كان محل الالتزام الذي يراد نشوءه من العقد اعطاء حق عيني، فان هذا الحق يتعين بمحله اي بالشيء المادي الذي يراد نقل حق متعلق به، وبالتالي يجب أن يكون هذا الشيء ذاته معيناً او قابـلاً للتعيين ، والاشياء من حيث طريقة تعيينها نوعان أشياء معينة بذاتها او قيمتها ، وأشياء مثلية ، وهي التي تعين بغير الذات ، والاشياء القيمية هي التي يتميز كل منها من غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء كالعقارات بوجه عام وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره ، ولا بد من تعيين هذه الاشياء في العقد بصفاتها المميزة لها تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها . والاشياء المثلية هي التي يوجد لها نظر من جنسها كالعقود والذهب والفضة والحنطة والشعير وغير ذلك مما كان من هذا النوع ، واذا كانت الاشياء المثلية تتفاوت فيا بينها من حيث جودتها وجب ان تعين درجة جودتها ، غير انه لا يشترط أن يعين

---

١ ـ الفروق للقرافي المجلد الاول ص ١٩٥ .

الطرفان هذه الدوجة صراحة ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد او بالرجوع إلى العرف ، وإلا فيفرض انهما قصـدا ان يكون المعقود عليه درجة متوسطة كما تنص على ذلك المادة ١٣٣ (١) .

ومجمل القول : ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشرعي في هذه المسألة التقاء كلياً ، من حيث تعيين محل العقد وكونه معلوماً للمتعاقدين سواء كان قيمياً او مثلياً ، كما وان التحديد الذي ذكره الدكتور مرقس للقيمي والمثلي يتفق مـع تحديد الجعفريين لهما .

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : والمستفاد من كلمات الفقهاء الواردة في تحديدهما ومن النقض على الحدود التي ذكرت لهما، هو ان المثلي مـا يكثر وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلافها الرغبات ، والقيمي بخلافه ، ومنه يظهر ان الذهب والفضة المسكوكين من المثلي وكذا غـير المسكوكين إذا لم يكونا مصوغين ، اما المصوغات فهي من القيمي لإختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات واختلاف المالية ، وكذا الحديد والنحاس والرصاص (٢) .

ومن هذا الضابط الذي استخلصه السيد الحكيم من النصوص الفقهية تبين ان المثلي هو الذي يشترك مع غيره في الصفات التي تتقوم بها مالية الشيء بحيث يكون له افراد تتفق في أكثر الصفات التي رغب فيهـا المتعاقدان ، والقيمي هو الذي يختلف عن غيره في الصفات بنحو لا تتساوى افراده من هذه الجهة .

وهذا التحديد هو الذي اختاره الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد ، فلقد جاء فيـه : ان المثلي هو الذي يوجد له نظير من جنسه مساوٍ او مقارب بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كما تنص على ذلك المادة ٧٥ ، ومن ذلك النقود

---

١ ـ نظرية العقد ص ١٨٧ و ١٨٨ .

٢ ـ انظر نهـج الفقـاهة مبحث المثلي والقيمي ص ١٣٩ .

والذهب والفضة والقمح والشعير وخلاف ذلك مما تتساوى فيه الصفات ، كما نص على ان الأشياء القيمية هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه بنحو لا يقوم كل واحد مقام الآخر عند الوفاء (١) .

وللفقهاء الجعفريين حديث طويل حول المثل والقيمي ، وكما ذكرنا ان نصوص الفقهاء المتعلقة بتحديدهما وبيان الفوارق بينهما ترجع الى ما ذكره السيد الحكيم في نهج الفقاهة .

*
* *

١ انظر صفحة ١٨٧ من نظرية العقد .

تحديد نطاق العقد

٣٢

والذي يعنيه هذا العنوان هو تحديد محل العقد وتوابعه وما يدخل في العوضين من التوابع والاوصاف ، والمتبع في جميع ذلك بالمرتبة الاولى تنصيص المتعاقدين صراحة في العقد على مقصودهما فيما يعود الى العقد ومحله ومـا يتبع المحل من الشروط والاوصاف بنحو يكون تنصيصهما كاشفـاً عن ارادة كل منهما ، فلو باع المالك الدار مثلاً ونص في العقد على جميع محتوياتها بالنقد المعين يتعين المحل بما نص عليه المتعاقدان ، وكذلك لو استثنى شيئاً او عين الثمن بغير النقود المتعارفة في بلد المتعاقدين ، ولو اطلق العاقدان ولم يعينـا شيئاً واتسع الاطلاق لبعض الخصوصيات والاوصاف الخارجة عن ذات العوضين يتعين الأخذ باطلاق صيغـة العقد ما لم يوجد مـانع عن العمل باطلاقها ، وفيما عـدا ذلك فالعوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد تنحصر بالأمور التالية :

الاول : العرف وقد اقر الشارع الرجوع اليه في تحديد المفـاهيم التي ليس له فيها اصطلاح خاص او معنى يخصه ، وبتعبير اكثر وضوحاً انما يصح الرجوع الى العرف في الموضوعات التي ليس له حقيقة فيها ، والتي جعلها موضوعاً لحكمه ولم يتصرف فيها بما يخالف المعنى الذي يدل عليها اللفظ ، واكثر ما يكون ذلك في المعاملات حيث ان الشارع قد أقر فيها الكثير مما كان شائعاً ومستعملاً بين الناس وأمضى

تصرفاتهم المالية وعقودهم ، والرجوع إلى العرف في مثـل ذلك لا يعني انـه من مصادر التشريع ، وانما هو من حيث ان الشيء إذا كان متداولاً ومستعملاً بين الناس في عصر التشريع ولم يردع عنه الشارع او جعل حكمه على الموضوع المستعمل بين الناس ، ولم يعين ناحية خاصة مع تمكنه وقدرته على البيان ، يكون ذلك منه اقراراً وامضاء لما شاع بينهم وتعارفوا عليه، وبالتالي لا يكون الرجوع إلى العرف او العادة في مثل ذلك من حيث انهما دليلان من أدلة التشريع ، بل من حيث ان الأخذ بهما والرجوع اليهما رجوع إلى السنة التي هي عبـارة عن تقرير المشرع الشامل لسكوته في حالة كونه متمكناً من بيان مراده لو كان مخالفـاً لما هو المتعارف بين الناس، وفيما يعود إلى الاعراف المتجددة والتي تختلف بتبدل الزمان وتجدده هذا النوع من الاعراف تحمل عليه الاطلاقات والاستعمالات الجارية بين الناس في كل زمان حسبما هو متعارف عندهم إلا أن ينص المتكلم على ارادة خلافه، فلو باع المالك داره او عقاره بألف دينار مثلاً ينصرف الدينار إلى النقد المتعارف الشائع في بلاده ، وان كان المطلق بمقتضى اطلاقه يتسع لاكثر من صنف واحد من أصناف الدنانير ، إلا ان تعارف التعامل بالدينار الورق يوجب ظهور هـذا اللفظ في خصوص هذا الفرد من بين أفراده ، وبعد الاحصـاء والتتبـع في فقـه الجعفريين نجدهم يعتمدون على العرف والعادة حتى في الموارد التي يتسع فيها اللفظ لاكثر معنى واحد .

ومن أمثلة ذلك ما لو اتفق المتعاقدان على بيع الدار بمائة دينار مثلاً ولكنهما اختلفا في نوعية الدينار الذي وقع ثمناً في عقد البيع ، فقد نص الفقهاء على ان الاطلاق ينزل على الدينار الذي تعارف التعامل فيه ، وعلى الطرف الآخر الذي يدعي بأن العقد وقع على الدينار الذهب مثلاً او الدينار الأجنبي ان يثبت ذلـك بأحد طرق الإثبات ، وفيما لو اشترى عيناً ووجد بها صفة لم يكن عالماً بها حـين العقد وادعى انها عيب يسوغ له الفسخ ، وانكر البائع ذلك يتعين في مثل ذلك الرجوع إلى العرف لتشخيص ما لو كانت عيباً ام لا ، وفيما لو اشترى فرساً تدخل

البرذعة واللجام مع المبيع إذا حكم العرف بذلك ، كما يدخل الحمل ايضاً لأنه من توابعها عند العرف ويعد جزءاً منها ، وكذلك لو اشترى بستاناً ، فإن الحائط وغيره من الثوابت يتعين الرجوع فيها الى العرف فيا لو تنازع البائع والمشتري على شمول العقد لمثل ذلك ، والحال كذلك بالنسبة الى مفاتيح الدار وأبوابها وما فيها من الرفوف والثوابت .

قال الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر : إذا باع شجرة عليها ثمرة فالثمرة للبائع على كل حال إلا إذا حكم العرف بتبعيتها للشجرة .

الثاني العادة قال في الجواهر : لو باع عيناً واشترط تسليمها بعد مدة ولم يعين المدة في العقد فإن كانت معينة بحسب العادة يكون البيع صحيحاً لأن العادة بمنزلة الشرط الصحيح في العقد .

وقال في خيار الغبن : ان مقدار التفاوت في القيمة يتعين الرجوع فيه الى المتعارف المعتاد بين الناس ، وهو مختلف بالنسبة الى الزمان والمكان ونحوهما ، ثم قال : ولو اشترى زيتاً فوجد فيه ثقلاً ، فإن كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا ارش لأن جريان العادة بمثله يجعله كعلم المشتري به .

وقال في بيع السلم : السادس أن يكون وجوده أي المسلم فيه غالباً بحسب العادة وقت الحلول ولو كان معدوماً حين العقد لصدق القدرة على التسليم بذلك ، إذ العاديات بمنزلة الموجودات ، فلا تقوم المعدومية حين العقد ، وفيما يتعلق بالمحل الذي يجب تسليم المبيع فيه قال: ولا يجب تعيين المحل الذي يجب به تسليم المبيع، وله المطالبة به حيث شاء ، إلا إذا كان هناك عرف يقضي بالانصراف الى مكان مخصوص فيتبع حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الاصحاب .

وقال المحقق في الشرائع : إذا دفع سلعة الى غيره ليعمل له فيها، فان كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل وكان العمل مما يستحق اجرة بحسب العادة ونظر العرف

فله ان يطالب بالاجرة اذا لم يقصد التبرع بعمله ، أما إذا كان العمل مما لا يستحق اجرة بحسب العادة فلا اجرة له وان ادعاها العامل .

ونص الشهيد في الروضة ، والشهيد الثاني في المسالك ، والعلامة في التذكرة : ان الخيوط في الاجارة على الخياطة، والمداد في الاجارة على الكتابة وكلما يتوقف عليه استيفاء المنفعة هو على المستأجر ، إلا إذا قضى العرف والعادة بخلاف ذلك فيكون على المؤجر ، إلى غير ذلك من الأمثلة والشواهد التي نص عليها الجعفريون في فقهم ، والتي يستفاد منها تحكيم العرف والعادة في الموارد التي لم يرد فيها تحديد من قبل الشارع ولا من قبل المتعاقدين ، وقد تردد في بعض نصوص الفقهاء ان المعروف كالمشروط ، وان ما جرت عليه العادة بين الناس كالمأخوذ شرطاً في العقد .

ومن مجموع ذلك تبين ان الفقه الجعفري لا يتنكر للعرف والعادة ، ولا يستغنى عنها في تحديد موضوعات الاحكام وتفسيرها وتعيين ما يتبع العوضين الذي جرى عليها التعاقد إذا لم تتجه له ارادة المتعاقدين بالتنصيص او لم يكن مدلولاً لصيغة العقد .

الثالث : طبيعة الالتزام ، والمراد من ذلك هو ان المتعاقدين وان لم يتعرضا صراحة في العقد لما هو من ضرورات العوضين كمفاتيح السيارة مثلاً ومفاتيح الدار والطريق الموصل اليها وما اشبه ذلك مما ليس جزءاً من المبيع ولكنه من ضروراته او من توابعه التي لا ينفك عنها كحمل الدابة مثلاً ، فإن الالتزام الحاصل من التعاقد بين الطرفين على المبادلة هذا الالتزام بنفسه يقتضي دخول توابع المبيع التي لا تنفك عنه وتوابع الثمن ايضاً فيها ، لأن طبيعة العقد تقتضي تسليم كل من العوضين للآخر ، ولا يتم ذلك إلا بدخول المفاتيح والطريق الموصل إلى المبيع في موضوع العقد ، وهكذا بالنسبة إلى حمل الدابة فيما لو اشترى دابة حامل ، فان الحمل يتبع المبيع وان لم ينص المتعاقدان على ذلك ، لأن العقد

بذاته على المبيع الواجد لهذه الصفة اي لصفة الحمل يقتضي دخول الحمل في المبيع .

قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة تحت عنوان ما يدخل في المبيع عند الإطلاق: وإذا باع داراً دخل فيه الأرض والأبنية الأعلى والأسفل والبئر والأبواب والأخشاب المتداخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه ، ولو باع بستاناً دخل فيه الأرض والشجر والنخل والأبنية كسورها وما يعد من توابعها ومرافقها كالبئر والناعور والحظيرة ونحو ذلك (١) .

وكما ان الفقه الجعفري يعتمد على العرف والعادة وطبيعة العقد في تحديد المعقود عليه كذلك يعتمد عليها الفقه المدني وفقه المذاهب الإسلامية الاربعة، وقد أورد السنهوري في مصادر الحق وفي الوسيط أمثلة من فقه المذاهب والفقه المدني لإثبات هذه الدعوى .

قال في مصادر الحق : في الفقه الاسلامي كما هو الأمر في الفقه الغربي يسترشد في تحديد نطاق العقد بالعرف والعادة وطبيعة الالتزام ، فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات ، ومن أمثلة ذلك :

ما لو باع المالك بدراهم ودنانير وكان المتعاقدان في بلد اختلفت فيه النقود مع الإختلاف في المالية والرواج ، انصرف البيع الى الأغلب لأنه هو المتعارف، ولو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرح فيه بحلول او تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف اليه بلا بيان ، ذلك لان المعروف كالمشروط الى غير ذلك من الامثلة التي أوردنا جانباً منها عن الجعفريين، ويبدو من ذلك ان الجعفريين وغيرهم متفقون على مبدأ تحكيم العرف والعادة في تحديد محل العقد، ولكن الجعفريين يرجعون اليه من حيث ان العقد ينصرف الى ما هو متعارف ومعتاد بين الناس إذا أطلق المتعاقدان ولم يعينا نقداً خاصاً او اجلا

١ ـ انظر وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني .

محدداً او صنفاً خاصاً من توابع المبيع ، وغيرهم يرون العرف والعادة أصلين من أصول التشريع كغيرهما من أدلة التشريع الاخرى ، وبالغ الاحناف في تقديس العرف وقال بعضهم بهذه المناسبة :

والعرف في الشرع له اعتبار   لذا عليه الحكم قد يدار

وذهبوا إلى ان العرف العام يصلح لان يعارض أدلة الفقه الاخرى ما لم تكن المسألة ثابتة بنص صريح .

ومجمل الأدلة التي اعتمدوا عليها لإثبات ان العرف من أصول التشريع يتلخص بالامور التالية :

الاول ما جاء عن ابن مسعود : ان النبي (ص) قال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقد استدل بهذه الرواية السرخسي وغيره .

الثاني : ان التشريع الإسلامي لم يتنكر للعرف وقد راعى عرف العرب في بعض تشريعاته .

الثالث : ان ما يتعارف بين الناس من قول او فعل يصبح من نظام حياتهم، فإذا قالوا او كتبوا فانما يعنون المعنى المتعارف بينهم ، وإذا عملوا فانما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه ، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم ، ولذا أطلق الفقهاء ان المعروف كالمشروط (١) .

وهذه الادلة الثلاثة على تقدير صحتها لا تثبت ان العرف والعادة أصلان من أصول التشريع كما يدعيه الاحناف وغيرهم من فقهاء المذاهب الاربعة ، ولا يستفاد منها أكثر من ان الشارع لم يجاف الاعراف والعادات المتبعة بين الناس ،

---

١ ـ الاصول العامة للفقه المقارن ص ٤٢٠ و ٤٢١ و ٤٢٣ .

بل أقرهم على ما تعارفوه بينهم في بعض المعاملات والتصرفات وترك اليهم تحديد الموضوعات التي لم يكن له فيها اصطلاح يختص به ، وهذا لا يعني انهما من أدلة الاحكام كما توهم أنصار هذا القول .

وقال السنهوري في الوسيط بالنسبة إلى الاعتماد على طبيعة العقد والعرف والعادة لتحديد محل العقد : ان من باع شيئاً يعتبر انه قد باع بالإضافة اليه جميع ملحقاته الضرورية ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقتضيه طبيعة الاشياء ، ومثل لذلك بمن باع سيارة ، فطبيعة هذا العقد تقتضي ان يتبعها جميع الادوات الضرورية التي لا يمكن استعمالها إلا بها ، وأضاف إلى ذلك ان العرف يجري مجرى القانون ، وكما يكون من عوامل تفسير العقد ، كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه ، فمن باع شيئاً لا يلزم فحسب بالقيام بما هو ضروري لنقل المبيع إلى المشتري ، بل يجب عليه بالإضافة إلى ذلك ان يكف عن أي عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً عليه ، والمقصود من ذلك ان البائع يجب ان يفسح المجال للمشتري لإستلام المبيع ويسهل له جميع الطرق التي توصله لهذه الغاية، وبدون ذلك لا يتم التسليم والتسلم المقصودين للمتعاقدين (١) .

---

١ ــ انظر الوسيط ص ٦١٩ و ٦٢١ ونظرية العقد ص ٣٢٨ ، وانظر المكاسب في الفقه الشيعي مبحث القبض حيث نص على ان التسليم والتسلم من مقتضيات طبيعة عقد المعاوضة ، وان على المتعاقدين ازاحة جميع الموانع التي تحول بين استيلاء المشتري على المبيع والبائع على الثمن .

نظرية تحول العقد

٣٣

هذه النظرية بصيغتها الموجودة عند المدنيين لم يبحث عنها الفقه الإسلامي بحثاً مستقلاً بهذا العنوان ، ولكن النتيجة التي يحاول المدنيون التوصل اليها من هذه النظرية ، هذه النتيجة قد تنبه لها الجعفريون في فقههم ، ولكن لم تتوفر العناصر الكافية للاقتناع بها إلا عند القليل منهم كما سنتعرض لذلك .

ومجمل الحديث عن هذه النظرية ، ان الفقه الغربي لم يتعرف عليها إلا بعد ان مر بمراحل طويلة وأصبحت وأمثالها من النظريات المستحدثة من مظاهر تطوره واتساعه ، والمقصود منها كما جاء في الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ، وفي نظارية العقد لسليمان مرقس وغيرهما : ان العقد الباطل الذي يقصد المتعاقدان ابرامــه يمكن تحويله إلى عقد آخر من العقود إذا كانت عناصر الثاني بتمامها موجودة في حطام ذلك العقد الفاسد ، وقد أخذ بهذه النظرية التشريـع المصري في التقنــين الجديد ، بعد ان لم يكن في القوانين القديمة الفرنسية والمصرية نص على الأخذ بها كمبدأ عام ، وجاء في المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري الجديد : إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فإن العقد الثاني الذي توافرت اركانه في ذلك العقد الباطل يكون صحيحاً .

ومن أمثلة ذلك تحول عقد البيـع إلى عقد الهبة إذا كان بطلانه لعدم ذكر

الثمن فيه ، او لكون الثمن المذكور فيه صورياً ، ذلك لأن عقد الهبة لا يشترط فيه الثمن ، والعاقدان اللذان تعاقدا بلا ثمن او بثمن صوري يغلب فيها ان نيتهما قد اتجهت إلى الهبة ، ولا سيا وهما يعلمان بأن البيع باعتباره من المعاوضات لا يتم إلا بذكر الثمن عوضاً عن المبيع ، وحيث ان الهبة لا يشترط فيها لفظ خاص ، وتتم بكل ما يدل عليها من قول او فعل ومبنية على الإعطاء من طرف واحد ، فعناصرها بكاملها موجودة بين حطام ذلك العقد الباطل ، فلم يعد ما يمنع من تحول العقد الذي انشأ بعنوان البيع ولم تتوفر فيه العناصر الكافية لصحته ، لم يعد ما يمنع من تحوله إلى هبة من البائع للطرف الآخر .

وقد مثلوا لذلك بأمثلة أخرى لا يهمنا استقصاؤها ، والذي أردناه من الحديث عن هذه النظرية مع انها لم تدون في الفقه الإسلامي ان فكرة تحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح من نوع آخر قد توافرت جميع اركانه وعناصره ، هذه الفكرة لم تغب عن الشرعيين ودونوها خلال أبحاثهم عن مصير العقود الفاسدة فيما لو نشأ الفساد من جهة التنصيص على عدم الثمن في البيع والاجارة ، إذا قال البائع او المؤجر للطرف الآخر : بعتك بلا ثمن او أجرتك بلا أجرة ، وأخـــذ بها بعضهم فنص على ان البيع في المثال الأول ينقلب هبة والاجارة في المثال الثاني تنقلب عارية ، لأن مرجع البيع بلا ثمن إلى تمليك العين للطرف الثاني بدون عوض كما هو نتيجة الهبة ، ومرجع الاجارة بلا اجرة إلى إباحة الانتفاع بالعين بدون مقابـــل كما هو مفاد العارية ، والظاهر ان من بين من تبنى هذه النظرية من الفقهاء الشهيد والمحقق ، وهما من أعيان الفقهاء الجعفريين .

والمتحصل من جميع ذلك ان القوانين المدنية الحديثة قد انتهت إلى هذه النظرية بعد المراحل الطويلة التي مر بها التشريع المدني، ولم يغفل عنها التشريع الجعفري بل تنبه لها قبلهم بعشرات السنين، ولكنه لم يقرها كمبدأ عام في تشريعاته لأن نية المتعاقدين

لم تتجه إلى العقد الثاني ولا بد في العقود من مراعـاة قصد المتعاقدين ونيتهما كما رجح ذلك اكثر الفقهاء والذين أخذوا بهـــذه النظرية من الفقهاء الجعفريين لم يتنكروا لهذا المبدأ ، بل اعتبروا ارادة المتعاقدين في واقعها متجهة إلى الهبـــة والعارية في المثالين المذكورين (١) .

*
* *

١ ـ انظر المكاسب مبحث المقبوض بالعقد الفاسد وشرحها للخونساري الجزء الاول وانظر الوسيط للنهودي ونظرية العقد ص ٣١٠ و ٣١١ وانظر الفقه الاسلامي في ثوبـــه الجديد لمصطفى الزرقا المجلد الثاني من الجزء الاول ص ٦٦٨ و ٦٦٩ .

العقد شريعة المتعاقدين

٣٤

لقد وردت هذه القاعدة في الفقه المدني الروماني ، وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ونصت عليها المادة ١١٣٤ من التقنين الفرنسي وأصبحت من المبادىء الأولية التي تعبر عن وجوب التقيد بالعقد واحترامه في جميع التشريعات.

والذي تعنيه هذه القاعدة ، هو ان المتعاقدين كلما اتفقا عليه وأدخلاه في نطاق العقد يلزمها التقيد به والعمل بمضمونه واحترامه كما لو كان القانون قد نص على وجوب الإتيان به ، أي ان العقد الجامع للشروط التي اعتبرها المشرع في تكوينه وصحته لا يجوز لأحد المتعاقدين ان يتهرب بما التزم به ، ولا ان يغير او يبدل منها شيئاً بارادته المنفردة ، بل يجب على كل منهما ان ينفذ ما التزم به في العقد ويحقق ارادة الطرف الآخر في تنفيذه .

وكما يجب ذلك على كل منهما باعتبار ان العقد هو الشريعة التي يجب عليهما الوقوف عندها ، يجب على القاضي ان يحترم تعاقدهما ، ويلتزم بتطبيقه عليهما عندما يرجعان اليه في الخصومات المتعلقة بذلك العقد، وليس له ان يغير او يبدل فيه شيئاً حتى ولو رأى فيه ما ينافي العدالة بنظره (١) .

---

١ ـ انظر نظرية العقد ص ٣٣٠ ومصادر الالتزام ص ٣٣٨ ، والوسيط للسنهوري.

وقد اخذ بمحتويات هذه القاعدة الفقه الإسلامي ، وفرض على المتعاقدين إذ تكاملت أركان العقد وشروطه الوفاء به واحترامه بجميع محتوياته ، وليس لاحد حق التصرف فيه بأي نحو كان ، وعلى القضاة العمل على تنفيذه وتطبيقه على المتعاقدين فيما لو ترافعا اليهم في أمر يتعلق بالعقد الواقع بينهما ، وقد تعددت النصوص الإسلامية التي تتفق مع هذا المبدأ روحاً ومعنى ، والتي تؤكد شرعية العقد وإلزام المتعاقدين بالعمل بمضمونه ، ومن ذلك قوله سبحانه :

يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ، وهذه الآية بصيغتها تدل على وجوب الوفاء والعمل بالعقد بجميع محتوياته ، وتعبر عما يراد من القاعدة المعروفة في الفقه المدني (١) .

وقد أجاز الفقه المدني الخروج عن هذا المبدأ عندما يتفق المتعاقدان على نقض العقد او تعديله ، وفي ذلك يقول الدكتور مرقس والدكتور عبد المجيد الحكيم : اما جواز نقض العقد او تعديله باتفاق الطرفين فهو أمر طبيعي ، لأن توافق الارادتين هو الذي ينشىء العقد، وبعينه يحل الرابطة العقدية التي سبق لهما انشاؤها، وكما ان القانون القائم يمكن نسخه او تعديله بقانون جديد ، كذلك يمكن نقض العقد باتفاق جديد بين الطرفين ، وإذا خول العقد منذ ابرامه أحد العاقدين ان يستقل بنقضه بعد مدة معينة يكون حق هذا العاقد في النقض مستنداً إلى الإتفاق عليه في العقد الأصلي (٢) .

ومع ان الفقه الجعفري يقرر النظرية عينها المتعلقة باحترام العقد وتنفيذه بجميع محتوياته وهو من هذه الناحية اكثر تصلباً وتمسكاً بشرعية العقد ، ومع ذلك يفسح المجال للمتعاقدين للتحلل من التزاماتهما اكثر من الفقه المدني ، وقد

---

١ ـ انظر المكاسب ، والجواهر كتاب المتاجر وغيرهما من فقه الامامية .
٢ ـ نظرية العقد ص ٣٣١ و ٣٣٢ ـ ومصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٣٣٨ .

أعطى الفقهاء أمثلة كثيرة تبيح للمتعاقدين او لاحـــدهما حل العقد والتحلل من الالتزام الذي التزما به ، ومن ذلك اتفاق الطرفين على حل تلك الرابطة الـتي أوجدها العقد ، ويعبرون عن ذلك بالاقالة ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد رجحانها ، كما وان اتفاق المتعاقدين في العقد على ان يكون لأحدهما الحق في نقض العقد بعد مدة من تاريخ ابرامه ، هذا الاتفاق مرجعه إلى اعطاء أحـد العاقدين الحق في فسخ العقد بعد مدة من تاريخ ابرامه ، او عندما يتعـــذر على أحدهما الوفاء بجميع التزاماته ،او لغير ذلك من الاسباب، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط احد المتعاقدين او كلاهما الخيار لنفسه خلال مدة من الزمن محـــددة من حيث البداية والنهاية ، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الوفاء به، وهذا من غير فرق بين ان يكون زمان هـــذا الخيار الثابت لهما او لأحدهما بالشرط متصلاً بالعقد او منفصلاً عنه ، كما لو تعاقدا على ان يكون لأحدهما الخيار بعـد سنة من تاريخ العقد مثلاً او بعد شهر ونحو ذلك بحيث يكون العقد قبـل مجيء الزمان المعين لازماً على كل منهما .

ولا بد من تعيين المدة التي يحدث الخيار عندها ، فلو كانت مجهولة غير معلومة المقدار ، كما لو جعل احدهما للآخر الحق في فسخ العقد عند مجيء موسم الحصاد او عند رجوع المسافرين مثلاً لا يثبت للمشروط له حق ابطال العقد من حيث بطلان الشرط لجهة الجهالة المؤدية للغرر على حد تعبير الفقهاء (١) .

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى مبحث الخيار الثابت بالشرط ، والجواهر كتاب المتاجر ، قال في الجواهر : ولا ريب في رجحان الاقالة ومشروعيتها ، وجاء في مرويـة ابن حمزة عن الصادق (ع) : ايما عبد اقال مسلما في بيع اقال الله عثرته يوم القيامة واضاف الى ذلك : فهي عندنا فسخ في حق المتعاقدين ، سواء وقعت بلفظ الاقالة او غيره .

٣٥

هذه النظرية تحد من القوة الملزمة في العقد وتفسح المجال أمام المتعاقدين للتحلل من سلطان العقد ، وذلك فيما لو طرأت على العقد او على المتعاقدين ظروف لم تكن متوقعة تؤدي إلى اختلال توازنها الاقتصادي او الى الاضرار بهما على حد تعبير بعض المؤلفين في الفقه المدني ، وهذه النظرية كما يدعي الدكتور عبد المجيد الحكيم لم تؤخذ بها القوانين الخاصة إلا منذ عهد قريب ، وأول من أخذ بها هو مجلس الدولة الفرنسي ، ولكن القضاء المدني في فرنسا ومصر لم يساير القضاء الاداري في هذا الاتجاه وظل متمسكاً بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ولم يسمح بتغيير التزامات المتعاقدين . وأول القوانين التي أخذت بها القانون المدني البولوني ، ثم الايطالي والعراقي والقوانين المدنية العربية التي وضعها الدكتور السنهوري .

ومجمل القول : ان القوانين القديمة والحديثة كانت إلى زمن قريب تغالي في احترام التزام المتعاقدين وتقدس العقد عملاً بمبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » مهما كانت الظروف ، ومهما طرأ على المتعاقدين من الحوادث المحرجة لهما ، ولما كان ذلك يتنافى مع مبدأ العدالة بنظر المشرعين من رجال القانون أقروا هذه النظرية بقصد التخفيف على المتعاقدين اذا كان الالتزام بالعقد محاطاً بتلك الصعوبات المضرة بحالهما ، واجازوا للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك ان تعيد النظر في

أمر العقد وتحد من قوته الملزمة بنحو يلتقي مع مصلحـــة الطرفين ، ولو بفسخ العقد .

وتتلخص هذه النظرية بأنها تبيح للمتعاقد التخلص من العقد فيما لو طرات عليه بعض الحوادث الاستثنائية التي لم تكن متوقعه حـــين ابرام العقد بحيث أصبح وفائه بالتزاماته محرجاً له (١) .

قال الدكتور مرقس : لا أثر لهذه النظرية في القانون الرومـاني ، إذ يرجع أصلها إلى القانون الكنسي فحسب . فقد كان هم فقهاء الكنيسة ان يسود العدل في العقود ، فاشترطوا الثمن العادل والأجر العادل وحاربوا الغبن والربا ، وفرعوا على ذلك وجوب التعادل في الالتزامات التبادلية ليس عند ابرام العقد فحسب ، بل عند تنفيذه ايضاً ، وبنوا ذلك على وجود شرط ضمني في كل عقد من مقتضاه ان كلًا من عاقديه لا يبقى ملتزماً بأحكامه إلا طالما بقيت الظروف الاقتصاديـة التي عقد في ظلها على حالها ، او على الأقل دون ان يطرأ عليها تغيير جوهري ، اما إذا تغيرت هذه الظروف تغيراً يخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين ، تعـــين بمقتضى هذا الشرط تعديل هذه الالتزامات بما يعيد اليها التوازن .

غير انه لما ازدهر مبدأ سلطان الارادة في القانون الفرنسي القديم ، أدى ذلك إلى اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عـــدم جواز نقضه او تعديله مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما أثرت هذه الظروف في كيانه الاقتصادي فاندثرت هذه النظرية وغابت عن الانظار .

وفي القانون الفرنسي الحديث تأثر واضعوه بالقانون الفرنسي القديم ، ونصوا

---

١ ـ انظر مصـادر الالتزام للدكتور عبد المجيد الحكيـم ص ٣٣٩ ونظريـة العقـد للدكتور مرقس ص ٣٢٣ .

على ان العقد شريعة المتعاقدين ، وأجمع الفقه والقضاء على ان العقد ملزم للطرفين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق جديد، وبقي الفقه والقضاء متمسكاً بسيطرة العقد على المتعاقدين بالرغم من الاضطراب الكبير الذي طرأ على المعاملات قبل الحرب العالمية الأولى وخلالها بسبب ارتفاع الاسعار وندرة السلع،وفرض القيود على الواردات والصادرات مما جعل التمسك بالعقود مع هذه الظروف وفي ظل هذه الحوادث مستصعباً إلى أبعد الحدود ، فأثار ذلك اهتمام المشرعين إلى إعادة النظر في تلك العقود على ضوء الظروف الجديدة الحادثة ، فكان ذلك سبباً في بعث هذه النظرية في الفقه الحديث ، وأصبحت من التقنينات الحديثة المعمول بها في أكثر البلدان الأجنبية والعربية .

ولا بد من تحقق الشروط التالية لتطبيق هذه النظرية على العقود :

الأول : ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار ، او العقود الفورية التنفيذ كالبيع بأجل او بثمن مقسط ، والعقود التي هي دورية التنفيذ ، كما لو باع رجل لشخص صنفاً بشرط ان يسلمه له على دفعات خلال مدة من الزمن ، ففي هذا النوع من العقود يمكن ان يحدث خلال المدة الواقعة بين العقد وتمام تنفيذه بعض الحوادث التي لم يكن في الحسبان حدوثها .

الثاني : ان تكون تلك الحوادث الطارئة من الحوادث الاستثنائية العامة ، أي لا تكون تلك الحوادث مختصة بأحد المتعاقدين دون سواه ، ومن امثلة تلك الحوادث العامة الحروب والفيضانات والجراد ونحو ذلك .

الثالث : ان لا تكون تلك الحوادث متوقعة للمتعاقدين عند ابرام العقد ، فلو كانت متوقعة عند ابرام العقد وأقدم المتعاقدان على العقد فلا يكون الزام العاقد بما التزمه للآخر مخلاً بالعدالة .

الرابع : ان يكون تنفيذ الالتزام مع هذه الظروف والحوادث مرهقاً للطرف الآخر ولا يشترط ان يكون مستحيلاً في حقه ، بل يكفي فيه ان يؤدي إلى الاضرار به إلى حد يعسر تحمله غالباً (١) .

*
* *

(١) انظر المصدرين السابقين .

موقف الفقه الجعفري من هذه النظرية

٣٦

هذه النظرية معروفة في الفقه الاسلامي وبخاصة الفقه الجعفري منـــذ أقدم عصور التشريع ، مع العلم بأن القوانين الحديثة لم تأخذ بها بصورة عامة إلا بعد الحربين العامتين الواقعتين خلال القرن العشرين ، وقد أخذ بها التشريع الجعفري في البيع والإجارة وغيرهما من العقـــود مع انه يفرض على المتعاقدين الالتزام بالعقد وتنفيذه بجميع محتوياته ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة كما يبدو ذلك من الأمثلة التالية :

لو تلف المبيع قبل قبضه وهو في يد المالك بعد انشاء العقد وتماميته بجميع أركانه وشروطه بنحو كان التلف في الفترة الواقعة بين ابرامه وتنفيذه ، فقد أجمع الفقهاء على انه يتلف من مال بائعه وهو وحده يتحمل الخسارة وعليه ان يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد دفعه اليه ، وقد علل اكثر الفقهاء هذا الحكم بأن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بلحظة ، فيعود المبيع إلى ملك البائع ويقع التلف في ملكه ، فيكون الحدث الطارىء موجباً لإنفساخ العقد وقد التزم الفقهاء بذلك التوفيق بين الأصول المتبعة في الضمان وبين تضمين البائع في هذه المسألة ذلك لأن كونه تالفاً من مال البائع لا يتصور إلا برجوعه إلى ملكه ولو قبل التلف بجزء يسير من الزمان .

ومهما كان الحال فتلف المبيع قبل قبضه إذا لم يكن بسبب من المشتري يترتب عليه الغاء العقد واعتباره بمنزلة العدم كما هو اللازم من اتفاقهم على ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه (١) .

٢ – لو تلف المبيع في يد المشتري وكان له الخيار كما لو كان المبيع حيواناً او اطلع على عيب فيه بعد ابرام العقد واستلامه ، فلو تلف المبيع في يده يكون تلفه من مال البائع وعليه ان يرد الثمن على المشتري ، وقد نص أكثر الفقهاء على ان العقد ينفسخ قبل التلف ويرجع المبيع الى ملك البائع ولو بزمان يسير، فيكون تالفاً في ملكه (٢) .

٣ – لو اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد استلامه كان له الخيار في فسخ العقد ، وكذا لو اطلع المستأجر على عيب في العين التي استأجرها بحيث تبين انها لا تصلح لإستغلال المنفعة المقصودة للمستأجر .

٤ – لو تلفت العين المستأجرة بآفة سماوية ونحوها قبل استلامها ، كما لو استأجر داراً ليسكنها فتهدمت او عقاراً فجرفته السيول ونحو ذلك ، تنفسخ الإجارة في مثل ذلك عند جميع الفقهاء ، ولعل السبب في ذلك ان عقود المعاوضات مفادها المبادلة بين المالين وقيام كل منهما مقام الآخر بمعنى ان كلاً

---

١ ـ وقد استفاد الفقهاء هذه القاعدة من قول النبي (ص) : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، بالاضافة الى ما رواه عقبةبن خالد عن الامام الصادق (ع) قال سألته عن رجل اشترى متاعا من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون ، قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ، فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله .

٢ ـ وقد اخذ الفقهاء هذه القاعدة من النصوص المروية عن الائمة (ع) فقد جاء في مروية عبدالله بن سنان في الامام (ع) : وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال بائعه ، والمراد من الشرط هو الخيار الثابت للمشتري كما يظهر ذلك في جملة من النصوص .

منهما يحتل مكان الآخر ، فإذا تلفت العين قبل استلامها ودخولها في يد المستأجر لم يعد بإمكانه ان يتسلط على منفعتها في مقابل العوض الذي دفعه للمالك ، فلا تحصل المبادلة المقصودة للمتعاقدين .

والظاهر ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشيعي في هذه المسألة ، فقد جاء في مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم : ان المبيع إذا هلك في يد البائع كان هلاكه عليه ، وفي عقد الاجارة إذا هلكت العين المؤجرة ، فالتزام المستأجر بدفع الاجرة ينتقض ، أي ان المؤجر وحده هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لأنه استحال عليه تنفيذ التزامه ليتمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين (١) .

٥ – ولو استأجر انسان داراً او عقاراً في بلد لاستغلال منفعته ، ثم حدث خوف منعه عن السكن في تلك البلد واضطره الى الهجرة منها ، فقد نص في الجواهر بأنه مخير بين فسخ العقد وإبقائه، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، لأن إلزامه بالعقد والحالة هذه ضرر عليه ، ولم يستبعد انفساخ العقد في هذه الحالة .

ولو لم يكن الخوف عاماً بأن كان شخصياً بالنسبة لخصوص المستأجر ، فإذا لم يكن المالك قد اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، فلا خيار له حينئذ ، لأنه يتمكن من استيفاء المنفعة بإيجار العين او استئجار من يستغلها لصالحه .

وإذا اشترط عليه استيفائها بنفسه يثبت له الخيار بين الفسخ والالتزام بالعقد ولو منعه الظالم من استيفاء المنفعة يثبت له الخيار في التخلص من العقد والرجوع على الغاصب الظالم بعوض المنفعة .

٦ – ولو استأجر انسان شخصاً لإجراء عملية جراحية ثم ارتفع المرض الموجب

١ – انظر مصادر الالتزام ص ٣٧٧ .

لإجراء العملية ، أو استأجره ليقلع له ضرسه فزال الألم عنه ، تنفسخ الإجارة في مثل ذلك .

٧ ـ لو مات المؤجر او المستأجر ، فالمشهور بين الفقهاء ان الاجـارة تبطل بذلك ، وفصل جماعة بين موت المؤجر وموت المستأجر ، فقالوا بأنها لا تبطـل إلا بموت المستأجر (١) .

ولو استأجر شخصاً ليعمل له عملاً فمات الأخير في اثناء العمل او قبـله تبطل الاجارة ايضاً لفوات محلها .

ولو تلف بعض العين المستأجرة تبطل الإجارة بنسبة ما تلف من العـــين ، ويحدث للمستأجر الخيار بفسخ الاجارة بالنسبة لما بقي من العين المستأجرة ، وقال السيد كاظم في العروة الوثقى: التلف السماوي للعين المستأجرة او لمحل العمل موجب لبطلان الإجارة، ومنه اتلاف الحيوانات، واتلاف المستأجر بمنزلة القبض، واتلاف المؤجر موجب للتخيير بـــين ضمانه والفسخ ، واتلاف الأجنبي موجب لضمانه ، والعذر العام بمنزلة التلف ، واما العذر الخاص بالمستأجر ، كما لو استأجر دابـــة لركوبه بنفسه فمرض ولم يقدر على المسافرة ، او استأجر رجلاً لقلع سنه فزال ألمه او نحو ذلك ففيه اشكال ، ولا يبعد انه يوجب البطلان (٢) .

---

١ ـ واستدل القائلون بالبطلان بما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن (ع) وسالته عن امراة آجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجـــرة في كـل سنة عند انتهائها لا يقوم لها شيء ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين ، قال (ع) فان لم تبلغ الوقت وبلغت ثلثـــه او نصفه او شيئا منه يعطى ورثتها بقدر ما بلغت مـن الوقت .

٢ ـ انظر الجواهر كتاب الاجارة وانظر المستمسك شرح العروة الوثقى ص ٢٤ وما بعدها في كتاب الاجارة وغيرهمـا من المجاميع الفقهية فان المتتبع يجد مجموعة من الامثلة لانفساخ الاجارة ولثبوت الخيار لاحد الطرفين في فسخهـا .

وقد وضع الفقهاء معياراً مرناً للعذر المسوغ لبطلان الإجارة ولثبوت الحق لأحد الطرفين في فسخها ، فقالوا ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المنفعة او العمل المعقود عليه ، اما لموت احد العاقدين ، او لتلف المحل ، او لتعذر استغلال منفعته ، هذا العذر يزلزل العقد ويفسح للمتعاقدين او لاحدهما المجال التحلل من سيطرته وسلطانه .

ويبدو من فقه المذاهب الأربعة انهم متفقون على ان بعض الأعذار توجب بطلان الاجارة وبعضها الآخر وان لم يوجب البطلان إلا انه يجعل للطرف الآخر المتضرر الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه ، وقد حصر الاستاذ علي الخفيف أسباب انفساخ الاجارة بالأمور الخمسة التالية :

الأول : وفاة المستأجر ، لأن الاجارة التزام بينه وبين المؤجر ولا موجب لإلزام ورثته بما لم يلتزموا به .

الثاني : وفاة المؤجر ، لأن العين تنتقل بوفاته إلى ورثته ، وعقد الإجارة يتجدد بتجدد المنفعة بمعنى انه ينحل إلى عقود متعددة ، وما يتجدد من المنافع ينتقل إلى الوارث تبعاً للعين ، فلا يكون عقد المورث نافذاً عليهم .

الثالث : هلاك العين المستأجرة ، كما لو استأجر انسان دابة معينة لينقل عليها متاعه او ليسافر عليها ، فإذا هلكت الدابة ينفسخ العقد لانعدام محله .

الرابع : ما لو غصب العين المستأجرة غاصب ، ولم يتمكن المستأجر من ارجاعها ، ورجح بعض الأحناف في هذه الحالة بقاء العقد وسقوط الاجرة عن المستأجر ما دامت العين في حيازة الغاصب ، ويثبت له الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه .

الخامس : لو حدث عذر يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة ، او يمنع المؤجر

عن المضي على العقد (١) .

ونص السنهوري في مصادر الحق على ان الفكرة التي يقوم عليها العذر في المذهب الحنفي ليست طرو الحادث واستحالة دفعه ، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يدخل في حسابه وقت الإيجار ، فإنه لا يجبر على المضي في العقد في هذه الحالة ، ويظهر من الأمثلة التي أوردها السنهوري عن فقهاء الأحناف انهم يتوسعون في العذر المسوغ لابطال العقد اكثر من المذاهب الفقهية الأخرى ، وعد من الاعذار المسوغة لفسخ العقد ما لو أفلس المستأجر فانتقل من السوق او سافر إلى بلد آخر ، او انتقل من حرفة إلى أخرى ، لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت فالتزامه بالعقد والحال هذه ضرر عليه ، وكذا لو انتقل إلى حرفة أخرى غير التي كان يتعاطاها ولو لم يكن مفلساً ، ومن أمثلة ذلك ما لو استأجر رجلاً ليقصر له ثيابه او يخيطها او يهدم له داره او ليقلع له ضرسه ونحو ذلك ثم بدا له ان لا يفعل شيئاً من ذلك فله ان يفسخ الإجارة ولا يجبر على المضي عليها إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردها السنهوري عن فقهاء الاحناف للأعذار المسوغة لفسخ العقد (٢) .

والذي سهل على الاحناف هذه التوسعة ان عقد الاجارة ينعقد عندهم على المنافع تدريجاً فكل منفعة تتجدد بتجدد الزمان لها حكم العقد الجديد ، لأن المنافع من حيث انها توجد تدريجاً لا يملكها المستأجر دفعة واحدة كما يملك البائع والمشتري العوضين بمجرد انشاء العقد ، لذلك فان كل عذر يحدث للمستاجر او المؤجر بعد العقد يكون بالنسبة للمنفعة التي لم يستوفيها المستأجر بمنزلة العيب الذي يحدث على الاعيان في عقد البيع وعلى المنافع في عقد الاجارة قبل القبض ،

---

١ ـ احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ١٩٦ و ١٩٧ .

٢ ـ انظر ص ٩٩ و ١٠٠ و ١٠١ من مصادر الحق للسنهوري الجزء ٦ عن البدائع ج٤ ص ٢٩٧ ، ومقتضى هذه الامثلة التي اوردها الاحناف لفسخ عقد الاجارة ، ان هذا النوع من العقود لا يشبه غيره من العقود اللازمة ، لانه معرض للبطلان لابسط الاسباب ولو كان السبب هو تبدل ارادة المؤجر او المستاجر ، وبذلك يكون اشبه بالعقود الجائزة .

والعيوب التي تحدث على الاعيان او المنافع قبل القبض تسوغ للمتعاقدين فسخ العقد كما هو المعروف عند جميع الفقهاء .

ومهما كان الحال فالمذاهب الفقهية الثلاثة الشوافع والمالكية والحنابلة إذا ما قارنا بين آرائهم في العذر المسوغ لإبطال عقد الإجارة او فسخه وبين ما نقلناه عن الاحناف نجدهم لا يعتدون إلا بالاعذار التي توجب عدم التمكن من استغلال المنافع المعقود عليها في الاجارة سواء كان ذلك لخلل في العاقدين ، او في المعقود عليه كما يظهر ذلك من المالكية ، او في خصوص المعقود عليه كما نص على ذلك الشوافع والحنابلة ، وقد نص الشوافع على ان الخلل الحاصل من غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بالغاً ما بلغ ، وقد مثلوا لذلك بما لو استأجر بعيراً للحج عليه ، ثم عجز عن الخروج لمرض او لعدم تيسر المال الكافي ونحو ذلك لا ينفسخ العقد، ولا يثبت له الخيار ، ولو استأجر حماماً فتعذر عليه الوقود ، او أرضاً للزراعة ولم يتمكن من استغلالها فليس له ان يفسخ في مثل ذلك لان المعقود عليه صالح للانتفاع ، والعذر المتجدد بعد العقد لم يؤثر في المعقود عليه ولم يوجب نقصاً فيه ، ونص ابن قدامة الحنبلي في المغنى على ان العذر العام كالخوف إذا استولى على جميع من في البلد واضطرهم إلى الهجرة عنها فإنه يوجب الخيار للمستأجر وان لم يوجب خللاً ونقصاً في المعقود عليه ، اما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثلاً فلا خيار له (١) .

قال ابن قدامة في الجزء الخامس من المغني : القسم الخامس ان يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، او تحاصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض لزرعها ونحو ذلك مما يحدث بعد العقد ، فهذا يثبت به الخيار للمستأجر ، لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة .

وإذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر وحده فلا يملك الفسخ ، لأن هذا العذر لا

---

١ انظر مصادر الحق جزء ٦ ، ص ١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ .

يمنع من استيفاء المنفعة ولو بواسطة الغير ، وكذلك لو حبس المستأجر او مرض او ضاعت نفقته إلى غير ذلك من الظروف الطارئة على المستأجر او المؤجر ، والتي لا تتعداهما (١) .

ومن مجموع ما ذكرناه تبين ان الفقه الاسلامي وبخاصة الجعفري منه لم يتنكر لهذه النظرية ، وقد أخذ بها في كثير من الحالات في عقدي البيع والاجارة من غير ان يتحدث عنها بعنوان خاص ، وذلك قبل ان تخطو القوانين المدنية خطوتها الواسعة بمئات السنين ، تلك الخطوة التي وجدت فيها منفساً للتحلل من سلطان العقد وسيطرته .

أجل ان التشريع الاسلامي مع انه تشدد في احترام ارادة المتعاقدين وأكد عليهما بتنفيذ ما أبرماه والتزما به ، ومع ذلك فقد وجد من الضرورة الملحة مراعاة الظروف الاستثنائية التي تعترض المضي في تنفيذ الالتزام العقدي ، فوسع عليهما في التخلص من العقد في مثل هذه الحالات .

*
* *

---

١ ـ لقد ذكرنا راي الجعفريين في هذه المسالة ، ومجمله ان العذر سواء كان عاما او خاصا يعرض العقد للزوال ، واحيانا يبطل العقد بمجرد طرو العذر كما في الاعذار العامة والحوادث السماوية التي توجب زوال محل العقد احيانا .

الفصل الرابع

في موارد انحلال العقد

٣٧

والمراد بانحلال العقد هو تسلط العاقدين او أحدهما على فسخ العقد عند وجود الاسباب المسوغة لذلك ، بعد ان يتم العقد بجميع أركانه وشروطه وينتج الأثر المطلوب منه ، هذا النوع من الانحلال إنما يتصور بالنسبة إلى العقود التي يجب على المتعاقدين الوفاء بها والالتزام بمضمونها ، اما العقود الجائزة بذاتها فلا تدخل في موضوع البحث عن هذه المسألة، وهذا التسلط الثابت للمتعاقدين على حل العقد بعد ابرامه هو المراد من الخيار المجعول للمتعاقدين عند وجود أسبابه .

وقد فسره بعضهم بأنه عبارة عن ملك فسخ العقد ، ويدخل فيه بناء على هذا التفسير فسخ العقود الجائزة ، وتسلط المالك على فسخ العقد الواقع على ماله فضولاً ، وتسلط المالك الوارث على ابطال العقد الواقع من المورث في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد عن ثلث المال ، عند من يقول بأن تصرفات المريض لا تنفذ إلا في ثلث ماله ، وتسلط العمة والخالة على فسخ عقد الزواج الواقع على بنت الاخت والأخ ونحو ذلك من العقود التي يسوغ فسخها في بعض الحالات مع ان التسلط على الفسخ في هذه الموارد من الاحكام المجعولة للوارث وللمالك في عقد الفضولي وللعمة والخالة بالنسبة لبنت الاخ والاخت ، لا من نوع الخيار ، ولذا لا

تنتقل بالارث ولا تسقط بالإسقاط كما هو الحال في الخيارات،وبذلك تبين ان هذا التعريف للخيار لا يمنع دخول ما ليس منه فيه .

وعرفه آخرون : بأنه ملك اقرار العقد وازالته ، وهـذا التعريف لا يختلف عن سابقه ولا يمنع من دخول ما ليس من الخيارات فيها .

ومهما كان الحال فالخيار عبارة عن اعطاء المتعاقدين او احدهما السلطنة على حل العقد وابطال مفعوله من حين صدوره واسترجـاع كل من الطرفين العوض إلى ملكه، مع العلم بأن العقد ينعقد لازماً ويستمر على ذلك حتى في ظرف ثبوت الخيار للمتعاقدين ،بل وحتى بالنسبة إلى الخيارات التي تولد مع العقد كما في خياري المجلس والحيوان ، ذلك لان الخيار مفاده اعطاء المتعاقدين او احدهما السلطنة على حـل العقد في حالات معينة ارفاقاً بالمتعاقدين او لدفع الضرر اللاحق باحدهما كما في خياري العيب والغبن او لغير ذلك من الحالات ، ولا يتزعزع العقد إلا إذا نفذ صاحب الخيار الحق المجعول له ، ولو كان مرجع الخيار الى ان العقد يصبح جائزاً لكان الخيار حكماً شرعياً كجواز الرجوع في الهبة وفي العارية والوديعة ونحو ذلك من العقود الجائزة .

ومهما كان الحال فقد نص الفقهاء على ان الاصل في العقد اللزوم بمعنى ان العرف والشرع لا يجيزان للعاقدين التراجع عن العقد واسترجاع العوضين ، ومن الجائز ان يكون المراد بهذا الاصل هو الاستصحاب الراجع الى استصحاب بقاء الآثار الثابتة للعقد حتى ولو تراجع أحد المتعاقدين عن العقد وتمنع عن تنفيـذ التزاماته مع الطرف الآخر ، كما يمكن ان يكون مرادهم بهذا الاصل القاعـدة العامة المستفادة من النصوص القرآنية ومن السنة (١) .

---

١ – وهي اوفوا بالعقود ، واحـل الله البيع ، ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضي منكم ، وقوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم ، وامثـال ذلك من الايات والاحاديث التي استدل بها جماعة على لزوم العقود وعدم صحة التراجع فيهـا .

ومع ان كل واحدة من تلك الآيات التي استدل بها جماعة من الفقهاء على لزوم العقد ، لا تكفي بذاتها لهذه الغاية ، إلا ان الآيات والنصوص بمجموعها تدلان على ان المتعاقدين ليس لهما ان يتراجعا عن المعاملة ، وان تراجعهما يتنافى مع العمومات ومع الاغراض التي شرعت تلك العقود لاجلها .

ولا نريد ان نستقصي جميع الشبه والاحتمالات والنقوض التي أوردها الفقهاء على الاستدلال بهذه الآيات على لزوم العقود ، لا نريد ذلك لاني قد أكدت أكثر من مرة بأني لم أقصد من هذا الكتاب إحصاء جميع الآراء الفقهية وما يرافقها من أخذ ورد بما هو مدون في مجاميع الفقه الشيعي ، وإنما الذي يهمني هو التعريف بفقه الشيعة ومناهجهم الفقهية ، واحسب اني بهذا الاسلوب من البيان وبهذا المقدار من العرض لاصول المسائل الفقهية وأشهر الآراء فيها قد هيأت للقراء وبخاصة العلماء منهم الوقوف على ناحية من نواحي التفكير الشيعي الواسع ، وحصلت على الغاية التي أحاولها من هذه الابحاث .

ومجمل القول ان الخيارات سواء كان مصدرها المتعاقدين أم المشرع ، قد أنهاها بعض الفقهاء إلى أربعة عشر خياراً كما جاء في اللمعة للشهيد الاول ، وانهاها آخرون من الفقهاء إلى أقل من ذلك ، وعدوا منها خيار المجلس ، وهو من الخيارات المتفق على ثبوتها للمتعاقدين عند فقهاء الإمامية .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار للمتعاقدين ، والنصوص به مستفيضة ، ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع (١) .

ويبدو من تشريع هذا الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد ، بأنه قد فسح لهما

---

١ ـ ومن جملة النصوص ما جاء عن النبي (ص) وعن الائمة (ع) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع .

المجال للتروي والتراجع عن العقد فيما لو راى احدهما ان المضي على العقد ليس من مصلحته ما داما في المجلس الذي أوقعا به العقد مهما طال مجلسهما ، فإذا تفرقا وانصرف كل منهما لشأنه فكل مراجعة منهما بعد ذلك لا تجديهما نفعاً ، ونتيجة اعطاء المتعاقدين التسلط على فسخ العقد انهما ما داما في المجلس لم تنقطع صلة كل منهما عن المال الذي دفعه للآخر عوضاً عن ماله ، وبالتالي لا يكون العقد مبرماً وملزماً لكل منهما إلا بعد انفضاض المجلس بتفرقهما عنه ، وكما ذكرنا ان جعـل الخيار للمتعاقدين في هذه المرحلة لا يعني ان العقد الواقع بينهما انعقد جائزاً مـن تاريخ انشائه ، ذلك لأن أدلة الوفاء بالعقود باطلاقها الأحوالي ، وبعمومهـا الأفرادي تدل على لزوم العقد في جميع الحالات منذ اللحظة الاولى التي تم فيهـا الإيجاب من البائع والقبول من المشتري على الوجه الشرعي، ولازم ذلك استمرار اللزوم ، بمعنى ان العموم الافرادي المستفاد من قوله سبحانه : اوفوا بالعقود يستتبع العموم الأزماني بنحو يستمر اللزوم في جميع الأزمنة والأحوال فيكون الخيار المجعول للمتعاقدين في هذه المرحلة من مراحـل وجود العقد مخصصاً لتلك العمومات ، ومعنى ذلك ان لكل منهما السلطنة على إلغاء العقد وإبقائه .

وعلى كل حال فالقدر المتيقن من أدلة هذا الخيار هو ثبوته للعاقدين المالكين ما داما في مجلس العقد ، فلو كانا وكيلين في اجراء العقد ، فقد نص العلامة في التذكرة على انه لو تعاقد الوكيلان ، فإن كان بحضور الموكلين ثبت لكل منهما الخيار ، وان لم يحضرا الموكلان مجلس العقد اختص به الوكيلان ، فلو مـات الوكيل في المجلس والموكل غائب عنه انتقل إليه الخيار .

والرأي الشائع بين الفقهاء ان الوكيلين ان كانا وكيلين في انشاء صيغة العقد لا غير فلا خيار لهما ، لأن الوكيل في انشاء الصيغة أشبه بالآلة التي لا يسند الفعل اليها ، وليس من مصاديق قوله (ص) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، ولا يبعد في مثل ذلك ثبوته للموكلين إذا كانا في مجلس العقد لأنهما البائعان حقيقة ، على ان أدلة الخيار مفادها اعطاء كل من العاقدين السلطنـة على استرجاع العوض الذي

انتقل عنه إلى الطرف الآخر وليس للوكيل في انشاء صيغة العقد هذه الصلاحية .

ولو تعدت وكالته انشاء صيغة العقد ، كما لو كان وكيلاً بالاضافة إلى ذلك في التصرف بالمال كما هو الحال في اكثر الوكلاء وأولياء القاصرين ونحوهما بنحو يكون وكيلاً مطلقاً في التصرف حسبما يراه متفقاً مع مصلحة الموكل ، فلا اشكال بثبوت الخيار له في هذه الحالة ، لأن وكالته عن المالك تتسع لمثل هذه التصرفات ونحوهما كما هو المفروض .

ولو اجتمع معه الموكل في مجلس العقد ، فلكل منهما ان يستعمل هذا الحق لأن الخيار حق لصاحب المال ، وإنما جاز للوكيل ان يباشر التصرف فيه بصفته نائباً عنه ، فإذا استعمله بنفسه لا يبقى محل لقيام غيره به ، ولا خصوصية للعاقدين من حيث هما عاقدان ، وحينئذ يستمر الخيار للموكلين ما داما في مجلس العقد .

وان لم يكونا في مجلس العقد ، كما لو كانا في مجلس آخر حينما أجراه الوكيلان فلو لم تتخط وكالتهما اجراء العقد بالثمن الذي يراه الوكيل مناسباً فلا خيار في مثل هذه المعاملة للوكيلين ولا للموكلين ، اما بالنسبة إلى الوكيلين، فلأن الوكيل في الانشاء بمنزلة الآلة ، ونسبة البيع اليه لا تصح إلا تجوزاً ، ولازم ذلك عدم الاعتداد بتفرقهما واجتماعهما .

واما الموكلين فلا خيار لهما ايضاً لعدم حضورهما مجلس العقد ، إذ لا بد في هذا الخيار من اجتماع من لهما الخيار في المحل الذي انشأ فيه العقد كما تشير إلى ذلك النصوص التي أثبتت هذا الخيار ، ولا يكفي اجتماعهما في مجلس العقد مع الوكيلين بعد انشاء العقد ، كما يشير إلى ذلك قول الرسول (ص) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإن المقصود من الحديث ان الخيار يستمر لهما من حين العقد إلى ان يفترقا ، والمفروض ان الموكلين المالكين لم ينشئا العقد ولم يجتمعا

مع الموكلين حين انشائه (١) .

وبما ذكرنا تبين ان خيار المجلس لا يثبت للفضوليين ، كما لو كان البائع والمشتري فضوليين ، وذلك فانهما وان كانا بائعين بمعنى صدور الايجاب والقبول منهما فضولاً عن المالكين ، إلا انهما ممنوعان عن التصرف بأي نحو من أنحاء التصرفات ، ولا يصدق عليهما البيعان إلا بنحو التجوز ، هذا بالاضافة إلى ما ذكرناه من ان الخيار سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه إلى الطرف الآخر ، بعد الفراغ من تسلطه على ما انتقل اليه والفضوليان لا يملكان هذه السلطنة ، ومن الجائز القريب ثبوت الخيار للمالكين إذا كانا في مجلس العقد وأجازا تصرفات الفضوليين ، لأن العقد بعد صدور الاجازة منهما تصح نسبته اليهما ، ومن الممكن الاكتفاء بالنسبة إلى المالكين بمجلس الاجازة لأنها جزء السبب المملك ، وان لم يحضرا مجلس العقد ، لا سيما إذا بنينا على ان التمليك يحصل من حينها ، ويتأكد هذا الرأي عند القائلين بأنها عقد قائم بذاته كما رجح ذلك بعض الفقهاء وقد أشرنا إلى ذلك خلال حديثنا عن الفضولي (٢) ، ولكن الذي يمنع من الأخذ بهذا الرأي ، ان النصوص المشرعة لهذا الخيار يستفاد منها ثبوته للبيعين المجتمعين حين العقد ، وليس فيها ما يشير إلى الاكتفاء باجتماع المالكين ولو في غير مجلس العقد ، ومع الشك في ان ثبوته للمالكين المجتمعين حين الاجازة ، يتعين الرجوع إلى إصالة اللزوم في العقود وإلى عمومات وجوب الوفاء

---

١ ـ انظر المكاسب مبحث خيار المجلس ، ومنية الطالب للخونساري الجزء الثاني ص ١٥ و ١٦ .

٢ ـ وقد احتمل بعض الفقهاء عدم الخيار للمالك بعد الاجازة ، ذلك لان مفاد الاجازة هو الالتزام بالعقد واقراره ، ونجاحة اذا صدرت بلفظ اجزت البيع ، ومع الالتزام بالعقد لا يبقى مجال للخيار ، ولكن الذي يبعد هذا الاحتمال ، ان الاجازة لا تفيد اكثر من الرضا بالعقد الواقع من الفضولي ، وبها يؤثر العقد في التمليك ، والخيار المجعول للمتعاقدين لا يتنافى مع الاجازة بهذا المعنى .

بالعقد (١) .

ومما يتفرع على هذا الخيار ، ما لو كان المتولي للعقد واحداً ، بأن كان وكيلا عن البائع والمشتري ، او كان وكيلا عن غيره وأصيلا بالنسبة لنفسة ، وفي هذه الحالة رجح جماعة من الفقهاء ومنهم الشيخ الانصاري في مكاسبه سقوط الخيار ، بحجة ان النصوص التي دلت على ثبوت هذا الخيار وعلى سقوطه بالتفرق يظهر منها ثبوته للمتعاقدين الممكن في حقهما التفرق عن مجلس العقد ، ولا يمكن ذلك إلا بتعددهما ، والنتيجة الحتمية لاعتبار التفرق الأمد الأخير الذي ينتهي به الخيار ، هي ثبوت الخيار للمتبايعين الذين يمكن الافتراق بالنسبة اليهما ، وإذا كان المتولى لإنشاء العقد إيجاباً وقبولاً واحداً لا يتحقق التفرق الذي اعتبره الشارع مسقطاً لهذا الخيار ، فينتفي الخيار في هذه الحالة بعدم وجود موضوعه لأن الشارع جعله للمتبايعين ما داما مجتمعين ولم يتفرقا ، ولا يصدق هذا الموضوع لو كان العاقد واحداً ، ولا بد وان يلتزم أنصار هذا الرأي بعدم ثبوت الخيار أيضاً فيما لو تعدد المتبايعان ، بأن كان أحدهما وكيلا في البيع والآخر وكيلا في الشراء ، ومات أحد الوكيلين في المجلس ، لأنه بعد تقييد محل الخيار بهذا القيد يختص هذا الخيار بالمحل الذي يمكن فيه افتراق المتبايعين كما ذكرنا .

ومهما كان الحال فالظاهر ان خيار المجلس يختص بالبيع من بين سائر العقود ، أما العقود الجائزة فلا مورد للخيار فيها ، لأن الخيار مجعول للمتعاقدين لغرض التسلط على حل العقد واسترجاع كل من العوضين وفي العقود الجائزة لم تنقطع الصلة بين المالك وملكه .

وأما العقود اللازمة كالصلح والإجارة والرهن والقرض وغير ذلك من العقود

---

١ ـ انظر منية الطالب ص ١٦ .

التي تلزم بالعقد أو بغيره ، هذه العقود لا يدخلها خيار المجلس ايضاً ، لأن أدلة هذا الخيار قد نصت على ثبوته للمتبايعين ، وليس فيها ما يشير إلى ثبوته في غير البيع من العقود ، ويبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء مجمعون على اختصاص هذا الخيار بعقد البيع من حين العقد ويستمر الى أن يتفرقا عن المجلس الذي تعاقدا فيه، هذا كله بالنسبة إلى بيع غير الصرف والسلم ، أما بالنسبة إليهما (١) فقد نص اكثر الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فيهما ، لأن أدلته تشمل باطلاقها جميع أنواع البيع وأصنافه ، ولا بد مع ذلك لمن يقول بثبوت خيار المجلس للمتعاقدين في هذين النوعين من البيع أن يلتزم بوجوب التقابض في مجلس العقد بالنسبة إلى بيع النقدين بمثلهما اما لكون العقد مملكاً ، فيكون وجوب التقابض من حيث ان كلا منهما قد ملك العوض ، وأما لكونه غير مملك بدون التقابض ، فيكون وجوبه تكليفياً ، وعلى كلا التقديرين ففائدة الخيار جواز فسخ العقد ، فلا يبقى محل لوجوب التقابض ، وعند من يلتزم بعدم وجوب التقـــابض في مجلس العقد وجواز تأخيره إلى أن يتفرقا فلا مجال لدخول الخيــار حينئذ لأن العقد يبطل بالتفرق بدون القبض وقبله لا يكون مملكاً حيث ان سلطنة كل من المتعاقدين على ما له لا تزال كما كانت قبل العقد ، فلا فائدة من الخيار بناء على ذلك ، قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد ففي أثر الخيار خفاء ، لأن المفروض بقـــاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر (٢) .

---

١ ـ والمراد من بيع الصرف هو بيع النقدين الذهب والفضة بمثلهمـــا والمراد مـــن السلم بيع مال في الذمة بثمن معجل ، كان يبيع مقدارا معينا من الحنطة يستلمها المشتري بعد مدة معينة بثمن يدفعه نقدا .

٢ ـ وقال الخونساري في منية الطالب : وعلى اي الاحوال لا وجه لتعلـق الخيـــار بالعقد قبل القبض ، لان الخيار يتعلق بالعقد الذين لولاه لكان العقد لازمـــا ، فاذا لـــم يكن كذلك فلا معنى لتعلق الخيار به .

هذا كله بالنسبة إلى الخيار قبل القبض ، أما بعد القبض فلا أشكال بثبوته لأن العقد يتم ويلزم بقبض العوضين ، فتكون فائدة الخيار هي تسلط العاقدين على حل العقد واسترجاع العوضين .

ومهما كان الحال فخيار المجلس بعد ان كان حقاً من حقوق المتعاقدين الثابتة لهما فهو كسائر حقوقهما المكتسبة التي يعود اليهما أمر التصرف فيها ، فلو اشترط المتعاقدان في العقد اسقاطه يلزمهما الشرط ويسقط الخيار المذكور كما يدل على ذلك قول الرسول (ص) : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً ، هذا بالاضافة إلى غيره من النصوص الاخرى التي تؤكد وجوب الوفاء بالشرط ، ولا يتنافى ذلك مع أدلة الخيار ، لأن تلك الأدلة مفادها جعل الخيار للمتعاقدين بعد اتمام العقد فتكون أدلة الشروط حاكمة على أدلة الخيار ومفسرة للمراد منها . ونتيجة ذلك ان هذا الخيار إنما يثبت للمتعاقدين إذا لم يشترطا سقوطه ، كما وان هذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد كما ادعى ذلك بعض الفقهاء، لأن خيار المجلس ليس من مقتضيات عقد البيع ، ولا هو جزء من معناه ، وإنما يثبت للمتعاقدين بالأدلة الخاصة الخارجة عن العقود وأدلتها ، ويظهر من النصوص الفقهية ان اشتراط سقوط هذا الخيار إنما يوجب سقوطه إذا كان الشرط قيداً في العقد ، فلو اتفقا عليه قبل العقد فلا تشمله أدلة الشروط، لأن الشرط المستقل عن العقد أشبه بالوعد او التبرع ، وهذا النوع من الاتفاق لا يسمى شرطاً كما نص على ذلك اللغويون ، لأن الشرط على حد تعبير الفقهاء هو الإلزام والالتزام المرتبط بغيره ، ومع الشك والتردد في صدق الشرط على الاتفاقات الابتدائية ، لا يمكن الاعتماد على أدلة الشروط لإثبات وجوب الوفاء به ، لعدم احراز كونه مصداقاً للشرط .

وكما يسقط هذا الخيار فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في العقد يسقط أيضاً

فيما لو أسقطاه بعد العقد ، وهذا النوع من الإسقاط هو المتيقن من موارد سقوط هذا الخيار عند جميع الفقهاء ، ذلك لأن الخيار من الحقوق الثابتة للمتعاقدين ، ومن أبرز خصائص الحقوق انها تسقط بالإسقاط كما ذكرنا في المباحث الأولى من هذا الكتاب .

ويسقط ايضاً بتفرق المتعاقدين عن مجلس العقد ، كما نص على ذلك قول (ص) : فإذا افترقا وجب البيع ، ولا بد وان يكون الافتراق المسقط للخيار بارادتهما واختيارهما ، كما يستفاد من قوله (ع) : فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا .

ومن ذلك تبين انهما لو أكرها على التفرق او اضطرا اليه لا يسقط هذا الخيار ، ويؤيد ذلك قوله (ع) في حديث الرفع : رفع ما أكرهوا عليه وما اضطروا اليه،ومن المعلوم ان المراد منرفع الاكراه والاضطرار هو رفع الآثار الثابتة لتلك الافعال عن طريق الشارع ، هذه الافعال لو أوجدها المكره مثلاً بدافع التخلص من ضرر المكره لا تترتب عليها الآثار الثابتة لها ، وحيث ان الشارع قد اعتبر تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد كاشفاً عن رضاهما ورغبتهما الأكيدة في المضي على العقد ، أسقط حقهما من الخيار بعد انصرافهما عن المجلس الذي أوقعا به المعاملة، فاذا أكرها على الانصراف منه او اضطرا لذلك لايترتب الأثر الشرعي الذي جعله الشارع في هذه الحالة، ولازم ذلك بقاء الخيار ولا سيما لو منعهما المكره من استعمال الحق الثابت لهما وهما في مجلس العقد ، ذلك لأن تفرقهما والحال هذه لا يكشف عن رغبتهما ورضاهما بتلك المعاملة ، وقد جاء في بعض النصوص ما يشير إلى ان التفرق إنما كان الحد الأقصى لهذا الخيار من حيث كونه كاشفاً عن الرضا بالعقد .

هذا كله فيما لو أكره الطرفان على التفرق ، فلو أكره أحدهما دون الآخر ، كما لو أخرج أحدهما وبقي الآخر في مجلس العقد مختاراً ، فقد رجح جماعة من الفقهاء سقوط خيارهما معاً . وذهب آخرون إلى سقوطه بالنسبة لمن بقي في

المجلس وبقائه للمكره الخارج عنه ، واختار فريق ثالث من الفقهاء بقائه لهما معاً (١) .

وجاء في بعض النصوص ما يشير إلى انه لو خرج الطرف الذي لم يتوجه له الاكراه من مجلس العقد يسقط خيارهما معاً . فقد جاء في بعض المرويات عن الإمام (ع) انه قال : فلما تبايعنا قمت فمشيت خطا ليجب البيع ، وهي بظاهرها تدل على بقاء الطرف الثاني في المحل الذي وقع به البيع ، فيكون الافتراق من جانب واحد كافياً في سقوط هذا الخيار بحقهما معاً ، على ان جميع النصوص التي تعرضت لهذا الخيار قد اعتبرت التفرق هو الحد الاقصى لبقائه ، والتفرق كما يحصل بخروجهما معاً من مجلس العقد يحصل ايضاً بخروج أحدهما وبقاء الآخر .

ومهما كان الحال فخيار المجلس مع ان النصوص التي تعرضت له رواها السنة والشيعة عن النبي (ص) ، ومع ذلك فالمذاهب الأربعة لم تتفق على ثبوته للمتعاقدين ، فقد أثبته لهما الشوافع والحنابلة اعتماداً على النصوص التي أشرنا اليها ، وجاء في رواية البخاري بالاضافة إلى ذلك انه (ص) قال : الا بيع الخيار يقول أحدهما للآخر اختر ، وقد أثبته الحنابلة والشوافع في البيع والصلح والاجارة والقسمة إذا كانت من نوع البيع ، وأنكره الاحناف والمالكية مع اعترافهما بصحة الحديث الذي اعتمدت عليه بقية المذاهب .

---

١ ـ وهذا الراي اقرب للاعتبار من سابقيه ، ذلك لان الطرف الذي تعرض للاكراه لا يسقط خياره من حيث ان خروجه لا يكشف عن رغبته في بقاء العقد ، والطرف الاخر لا يزال باقيا في المجلس ، والافتراق المسقط هو الكاشف عن رغبتهما معا في الالتزام بالعقد ورضا هما فيه ، كما تشير اليه رواية الفضيل بن يسار من الامام الصادق (ع) وقد جاء فيها : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما ، وبناء على ذلك لو انصرف الطرف الذي لم يتعرض للاكراه عن مجلس العقد باختياره لا يسقط خياره ، لان المسقط هو التفرق الكاشف عن رضا الطرفين ، انظر منية الطالب للخونساري ص ٣١ من مباحث الخيارات .

قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد : وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد ان مثل هذا الحديث يوجب العلم وان كان من طريق الآحاد ، ولكنها لبعض الاستحسانات بنوا على اصالة اللزوم في العقود والتزموا بتأويله .

وأجاب عنه القرافي في الفروق بعشرة أجوبة ، ومن بينها ان المراد من المتبايعين اللذين لهما الخيار ما داما متشاغلين في البيع ، أي قبل تمام العقد، والمراد من افتراقهما الذي ينتهي به الخيار هو انتهائهما من العقد ، وبعد ان أورد في الفروق الأوجه العشرة التي اعتمد عليها النافون لهذا الخيار ، استدل بالحديث نفسه على عدم الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد بما ملخصه : ان القائلين بهذا الخيار إنما أثبتوه للمتبايعين من حيث هما متبايعان ، وتعليق الحكم على الوصف يقتضي ان يكون الوصف علة للحكم ، كما وان انعدام العلة علة لعدم الحكم ، وذلك نظير الإسكار الذي جعله الشارع علة لحرمة الخمر ، فعدمه علة لعدم الحرمة . وقد نص الحديث على ثبوت الخيار للمتبايعين ، وهذا العنوان لا يصدق حقيقة عليهما إلا في حال تلبسهما في البيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول لا يصدق عليهما هذا الوصف إلا بنحو التجوز ، وإذا كان هذا الوصف بمعناه الحقيقي علة لثبوت الخيار فبعد تمام البيع لا يبقى للطرفين هذا الوصف فتنتفي علة الخيار، وبانتفاء العلة ينتفي المعلول، فيكون الحديث من الأدلة على عدمه كما يدعي القرافي في الفردق (١) .

ومجمل القول ان الاحناف والمالكية متفقون على عدم ثبوته للمتعاقدين ما داما في مجلس العقد ، ولكن الاحناف قد اثبتوه لهما إذا اشترطاه في اثناء العقد، والمالكية أبطلوا العقد والشرط معاً فيما إذا اشترطاه (٢) .

---

١ ـ انظر الجزء الثالث حتى الفروق للقرافي ص ٢٧٢ وما بعدها وانظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ١٧٠ والفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ١٧٢ و ١٧٣ ..

٢ ـ المصادر السابقة .

خيار الحيوان

٣٨

الثاني من الخيارات خيار الحيوان ، وهو من الخيارات المتفق عليها بين فقهاء الإمامية ، ونص أكثرهم على ان هذا الخيار للمشتري وانه وحده مسلط على حل العقد في الأيام الثلاثة الأول من تاريخ صدور العقد ، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد بأنه من مختصات المشتري .

فقد روى الفضيل بن يسار عن الإمام جعفر بن محمد (ع) قال قلت له : ما الشرط في الحيوان، قال: ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : ما الشرط في غيره ? قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا .

وجاء في رواية بن رئاب عنه (ع) قال : سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري او للبائع أو لكليهما ? قال (ع) : الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام ، فاذا مضت الثلاثة أيام فقد وجب الشراء . إلى غير ذلك من النصوص التي تعرضت لحكم المشتري في مورد السؤال عن ثبوته لأيهما ، وعلى هذه النصوص قد اعتمد الفقهاء في حكمهم بأن هذا الخيار من مختصات المشتري لا غير ، وقد أثبته بعض الفقهاء لهما معاً ، كما أثبته جماعة لمن انتقل اليه الحيوان سواء كان بائعاً او مشترياً اعتماداً على النصوص التي تشير إلى ذلك(١).

---

١ ـ وقد روي محمد بن مسلم عن الصادق في جواب ساله عن هذا الخيار وانه قال وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام ، وعلى هذه الرواية اعتمد انصار القول الاخير .

ولا يتنافى هـذا الخيار مع خيار المجلس الثابت للمتعاقدين ما داما في مجلس العقد ، فلو استمر المتعاقدان في مجلس العقد ثلاثة أيام او اكثر ينتهي خيـــار الحيوان ، ويبقى لهما حق الاختيار إلى ان يتفرقا ، كما وانه لو تفرقا بعد العقـد مباشرة او قبل مضي الثلاثة يسقط خيار المجلس ويبقى لهما حق الفسخ إلى ان تنتهي الأيام الثلاثة .

وذهب جماعة من الفقهاء إلى ان مبدا خيار الحيوان بعد تفرق المتعاقدين ، أي انه يحدث حيث ينتهي خيار المجلس ، واحتجوا لذلك بأن الخيـار انما شرع لأحداث السلطنة للمتعاقدين على حل العقد ، وهذا الحق ثابت لكل من الطرفين ما داما في المجلس الذي انشأ فيه العقد ، ومع الشك والتردد في زمان حدوثه فمقتضى الإستصحاب عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد، هذا بالاضافة إلى انه لو قلنا بحدوث هذا الخيار من حين العقد يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد، أي يلزم ان يكون للمشتري مثلاً خيارين كل واحد منهما يبيح له حل العقـــد وتعدد الاسباب يستتبع تعدد المسببات بحكم العقل ، ذلك لأن الاسباب المتعددة إذا تقدم أحدها في الوجود كان هو المؤثر وحده فلا يكون الثاني سبباً ، وان تقارنت الاسباب ، كان كل واحد منها جزء السبب ، ومن مجموعها يتكون السبب المؤثر (١) .

---

١ ـ ولكن الانصاف ان هذه النقوض الثلاثة لا تصلح لاثبات المدعى ، ذلك لان اصالة عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين لا يثبت حدوثه بعد تفرقهما الا باللازمة ، وهذا النوع من الاستصحاب لا يجوز الاعتماد عليه ، كما ثبت ذلـك في اصول الفقـه الجعفري ، وفي خصوص اجتماع السببين على مسبب واحد ، فالعقل انمـا يمنع من ذلك في الاسبـاب التكونية ، اما الاسباب الشرعية فهي اشبه بـالعلامات والمعرفـات وعندمـا تتعدد يستنـد التاثير الى الجميع باعتبارها سببـا واحدا ، على ان تعدد الخيار في المقام ليس عديـم الفائدة كما يدعي انصار هذا الراي ، ذلك لانـه اذا استمر المجلس الى ما بعـد الثلاثة يسقط خيار الحيوان ويبقى خيـار المجلس ، وبالعكس فيما لو تفرق المتعاقدان بعد العقد مباشرة واسقطا خيارهما .

ويبدو من أدلة هذا الخيار ومن نصوص الفقهاء ان هذا الخيار يسقط فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في اثناء العقد وفيما لو أسقطاه بعد العقد ، كما يسقط فيما لو تصرف المشتري بالحيوان تصرفاً يكشف عن التزامه ورضاه ببقاء العقد ودوامه ، بنحو يكون التصرف من شؤون سلطنة المالك على ملكه ، وقد اعتمد الفقهاء في هذا الحكم على النصوص الكثيرة التي تعرضت لحال الخيار في مثل هذه الحالات ، ومن هذه النصوص ما رواه محمد بن الحسن المعروف بالصفار عن أبي محمد الحسن العسكري(ع) : قال كتبت اليه أسأله عن رجل اشترى دابة فأحدث فيها حدثاً ، او ركب ظهرها فراسخ ، أله ان يردها في الثلاثة أيام التي له فيها الخيار بعد ان أحدث فيها او ركب ظهرها ؟ فوقع (ع) إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب البيع ان شاء الله .

ومع هذا النص وغيره من النصوص التي تعرضت لهذه المسألة صريحة في ان تصرف المشتري في المبيع مسقط لخياره ولم تشترط فيه ان يكون كاشفاً عن التزام المتعاقدين في العقد ، ومع ذلك لم يكتف الفقهاء بمطلق التصرف ، بل اعتبروا فيه ان يكون كاشفاً عن رغبة المشتري في الالتزام بالعقد وتنفيذه ، ولعل الوجه في ذلك ، ان الاطلاق الموجود في الروايات منزل على الغالب ، حيث ان المشتري إذا كان متردداً في المضي على العقد لا يتصرف فيه غالباً بالتصرفات التي لا تصح إلا من المالكين ، فإذا تصرف بمثل هذا النوع من التصرفات لا بد وان يكون ملتزماً بالعقد ، ومن أجل ذلك أضاف الفقهاء هذا القيد إلى التصرف .

*

* *

الخيار الثابت بالشرط

٣٩

من الخيارات الثابتة لأحد المتعاقدين او لكليهما ما لو اشترط احد المتعاقدين او كلاهما الخيار لنفسه مدة من الزمن محددة في بدايتها ونهايتها، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الالتزام به ، ولا يبعد ان يكون اتفاق الفقهاء على لزوم هذا الشرط وترتيب الآثار عليه مستمداً من النصوص العامة التي أكدت وجوب الالتزام بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب ولم يستلزم تحريم الحلال وتحليل الحرام .

ثم انه لا فرق بين ان يكون زمان هذا الخيار متصلاً بالعقد او منفصلاً عنه ، كما لو تعاقدا واشترطا ان يكون لكل واحد منهما الخيار في حل العقد بعد شهر او أكثر من تاريخ ابرامه .

قال العلامة الحلي في التذكرة : لو شرط الخيار في الغد ، صح عندنا خلافاً للشافعي ، ولا بد من تعيين مدة الخيار ، فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج مثلاً او حصاد القمح بطل الشرط للجهالة المؤدية للغرر » .

وكما يفسد الشرط فيما لو كانت المدة مجهولة يفسد ايضاً فيما لو قال بعتك الدار بشرط ان يكون لي الخيار،ولم يذكر المدة، لتساويهما في الجهالة المؤدية إلىالغرر .

وقد رجح جماعة من الفقهاء صحة الشرط في هذه الصورة ويتعين بثلاثة ايام ، وادعى بعض الفقهاء الاجماع على ذلك ، ونص الشيخ الطوسي في كتابه الخلاف : ان تعيين المدة بثلاثة أيام مستفاد من النصوص المروية عن الائمة (ع) ، وبذلك يرتفع الغرر بسبب التحديد الشرعي لمدة الخيار ، وان لم يتعرض له المتعاقدان .

وجاء في المكاسب ، وحاشيتها للسيد اليزدي وغيرهما : ما يؤكد عدم وجود اخبار في هذه المسألة بخصوصها ، وان الاخبار التي ادعاها الشيخ الطوسي قد وردت في خيار الحيوان ، ومنها قد استنتج حكمه في هذه المسألة . وجاء فيها ان الإمام (ع) قال : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط او لم يشترط ، وقد فهم منها ان الشرط في غيره ثلاثة ايام إذا اشترط الخيار وإن لم يعين المدة(١) ونظراً لعدم وجود نص في هذه المسألة بخصوصها وعدم كفاية النص الذي اعتمده الشيخ الطوسي لإثبات صحة الشرط وتعيين المدة بثلاثة أيام ، نظراً لذلك فان جماعة من الفقهاء لم يترددوا في بطلان هذا النوع من الشروط ، لكونها من مصاديق الغرر المنهي عنه ، ولعدم وجود النص الشرعي المخرج لهذا النوع من الجهالة عن الغرر موضوعاً او حكماً .

ولو عين مدة الخيار ولكن لم يعين زمان حدوثه ، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى انه يحدث بعد العقد مباشرة ويستمر إلى نهاية المدة التي اتفقا عليها لتبادر ذلك من اطلاقه على حد تعبيرهم .

ورجح فريق من الفقهاء : ان مبدأ حدوثه بعد تفرق المتعاقدين ، أي بعد انقضاء خيار المجلس ، ذلك لأن المقصود من جعل الخيار احداث السلطنة على حل العقد بنحو لولا جعل الخيار يكون العقد لازماً بالنسبة للمتعاقدين ، وقبل تفرق المتعاقدين يحق لكل منهما فسخ العقد واسترجاع العوض الذي ملكه للآخر ، فلا

---

١ ـ انظر حاشية السيد كاظم على مكاسب الانصاري .

يبقى لجعل الخيار من فائدة في هذه المرحلة .

وعلى كل حال فلو علم من حالها انها قصداه من حين العقد ، او من زمان التفرق ، او بعد يوم او اكثر تعين العمل بما قصداه ، ولو اطلقا ولم يعينا مبدأ حدوثه فمن الجائز القريب ان يكون بعد تفرقهما عن مجلس العقد (١) .

وكما يصح للمتعاقدين ان يجعلا الخيار لهما في حل العقد يجوز لهما ان يجعلا الخيار لغيرهما واحداً كان او اكثر،لعدم منافات ذلك لأدلة الشروط التي تنص على وجوب الوفاء بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب والسنة،ولم يتنافى مع مقتضى العقد، او مع حكم منصوص عليه بأدلة التشريع ، ولازم جعل الخيار لأكثر من واحد ان يكون لكل واحد منها الحق في الفسخ وامضاء العقد،فلو اتفقا على الفسخ والامضاء نفذ اتفاقهما ، ولو فسخ احدهما وامضى الآخر ، تعين تقديم الفاسخ ، لأن مرجع الاجازة من الآخر إلى اسقاط الخيار المجعول له (٢) .

ولا يبعد في المقام تقديم الاسبق منهما ، ولو تقارنا بطلا معاً .

والظاهر ان هذا الخيار متفق عليه عند فقهاء المذاهب الاربعة ، ولهم فيه خلاف واسع حول المدة التي يحدد بها وبعض النواحي الاخرى ، ويصح اشتراطه عند الجميع للمتعاقدين ولأحدهما وللأجنبي ، وإذا جعلاه للأجنبي يسقط خيارهما عند الشوافع والحنابلة ، ويصبح الخيار للأجنبي وحده ، ويشترك مع المتعاقدين في الخيار بنظر الاحناف ، فان اتفقا على الفسخ او الاجازة نفذ اتفاقهما ، وان اختلفا ينفذ تصرف الاسبق منهما ، وإن تصرفا في آن واحد فأجاز الأجنبي وفسخ المالك العاقد مثلاً او بالعكس يقدم الفسخ على الاجازة .

---

١ ـ انظر المكاسب للشيخ الانصاري والجواهر للشيخ محمد حسن النجفي ، والسرائر لابن ادرس الحلي .

٢ ـ انظر الجواهر والمكاسب مباحث الخيارات .

وعند الحنابلة لا يصح جعل الخيار للأجنبي مستقلاً ، فلو جعله أحد المتعاقدين لشخص ثالث لم يصح الشرط ، لأن الخيار شرع لمنفعة المتعاقدين .

ومن ناحية المدة التي ينبغي ان يحدد بها الخيار ، فعند الاحناف إذا كانت المدة غير معينة ، او كان غير محددة بالزمان أصلاً ، يكون من الشروط الفاسدة إذا كان مقترناً بالعقد ، اما إذا كان بعده ، كما لو باع شخص سلعة لآخر ، وبعد اتمام البيع بمدة من الزمن التقى به وقال له أنت بالخيار ولم يعين زمناً ، ففي مثل ذلك يثبت له الخيار ما دام في المجلس الذي اخبره فيه بأن له الخيار .

وإذا حدد زمن الخيار بثلاثة أيام لا غير يقع صحيحاً ويجب الوفاء به ، ولو حدده بشهر او اكثر يقع فاسداً عند أبي حنيفة وصحيحاً عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن .

وذهب المالكية إلى ان خيار الشرط بلحاظ المبيع ان كان من نوع الاراضي وما يتصل بها من بناء واشجار يصح اشتراطه لمدة تتراوح بين ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين فاذا زادت المدة عن ذلك يقع فاسداً ، وان كان المبيع من نوع الثياب وغيرها من العروض يصح جعل الخيار لأحدهما خلال مدة تتراوح بين ثلاثة أيام وخمسة ، وكذا في الحيوانات التي ليست معدة للركوب والنقل ، وإذا كان المبيع من هذا النوع ، فان كان اشتراط الخيار لغرض التثبت من غلائها ورخصها فيصح اشتراطه في المدة المذكورة ، وان كان لأجل التثبت من صلاحيتها للركوب والاستعمال ، ففي البلد الذي جرى فيه العقد لا يصح اشتراط الخيار فيها اكثر من يومين ، وفي خارج البلد يصح اشتراطه إلى مسافة بريد لا غير ، ويفسد الشرط إذا تجاوز الحدود المذكورة .

وقال الشوافع : ان مدة الخيار لا يصح ان تتجاوز ثلاثة أيام ، ولا بد فيها ان تكون متصلة بالعقد ومتوالية ، ورتبوا على ذلك ان البائع لو باع داره وجعل

الخيار للمشتري في اليوم الثاني بطلان العقد والشرط ، وكذلك فيما لو عينها بثلاثة أيام وكان اليوم الاول متصلاً بالعقد واليومان الباقيان منفصلان عنه .

ولم يشترط الحنابلة أمداً معيناً فكما يصح اشتراطه لثلاثة أيام يصح الى سنة واكثر منها على شرط ان تكون المدة معينة من حيث المبدأ والمنتهى (١) .

ويصح شرط الخيار عند الاحناف في الاجارة والمزارعة والخلع على مال ، وفي القسمة والرهن والكفالة والحوالة والإبراء من الدين والشفعة والإقالة ونحو ذلك من العقود اللازمة من الطرفين ومن طرف واحد (٢) .

ولا يدخل هذا الخيار عند الجعفريين أي الخيار الثابت بالشرط في الايقاعات كالطلاق والعتق والإبراء والصلح المفيد فائدة الابراء ، كالصلح على ما في الذمة أو على اسقاط الدعوى القائمة بين المتخاصمين ، أما الصلح المعاوضي فيدخله هذا الخيار كغيره من عقود المعاوضة ، وقد علل جماعة من الفقهاء عدم صحته في الايقاعات ، بأن الايقاعات مبنية بمقتضى وضعها على اللزوم كغيرها من العقود ولولا وجود الدليل المسوغ لدخول هذا الشرط في العقود التي تصح فيها الاقالة ويدخلها الخيار لم نلتزم بصحة هذا الشرط ، أما بالنسبة الى الايقاعات فلم يعهد عن الشارع انه رخص في التراجع عنها بعد انشائها على الوجه الشرعي ، وإذا لم يكن التراجع عنها مشروعاً فاشتراط الخيار فيها لا يشرع صحة التراجع والغاء تلك الآثار الثابتة لها ، هذا بالاضافة إلى ان الايقاعات تتم بارادة واحدة ومن طرف واحد ، ولا يصدق الشرط إلا بالالتزام والترابط من الطرفين كما أشرنا إلى ذلك في أوائل هذا الفصل .

ومهما كان الحال فالعقود منها ما لا يدخله هذا الخيار بالاتفاق ، ومنها ما

---

١ - انظر الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الثاني ص ١٧٥ الى ١٨٠ .
٢ - نفس المصدر .

يدخله بالاتفاق ، ومنها ما هو مختلف فيه ، فمن النوع الاول عقد النكاح كما نص على ذلك الشهيد الثاني في المسالك ، والشيخ الطوسي في الخلاف والمحقق الكركي في جامع المقاصد ، ولم يظهر من نصوص الفقهاء ما يشير إلى صحة اشتراط الخيار في فسخ النكاح لأحد الزوجين أو لكليهما ، ولعل ذلك من حيث ان دخول هذا الشرط في النكاح يعرضه لأن يكون هدفاً لميول الزوجين ، وللزوال في كل لحظة ، وذلك يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية وعدم الاطمئنان إلى الغاية التي يهدف إليها كل من الزوجين بزواجهما.

ومن الثاني عقود البيع بجميع أقسامها والإجارة والمزارعة والمساقات ونحو ذلك مما هو لازم من الطرفين .

ومن الثالث الوقف والهبة والضمان والرهن وبيع النقدين بمثلها المعبر عنه بالصرف في عرف الفقهاء ، هذه العقود لم يتفق الفقهاء على دخول شرط الخيار فيها او عدمه كما يبدو ذلك من المجاميع الفقهية ، مع العلم بأن بقية العقود كالعارية والوديعة والوكالة والجعالة ليست محلاً للبحث من هذه الناحية لجواز الرجوع لكل منهما في العقد في جميع الحالات .

وقد أطال الفقهاء في الحديث عن خيار الشرط وأنواعه وشروطه ، وما يتفرع عليه ، ولا يهمنا أن نستقصي جميع تلك المباحث بعد أن عرضنا النواحي الرئيسية من تلك المباحث ، وكما ذكرنا لأكثر من مناسبة ان النهج الذي سلكناه في هذا الكتاب لا يتخطى المسائل الهامة والاركان التي تتكون منها العقود وما يتفرع عنها ، وآراء الفقهاء فيها .

خيار الغبن

٤٠

من الحالات التي يصح لأحد المتعاقدين التراجع عن العقد ، ما لو كان أحدهما مغبوناً فيما انتقل اليه عوضاً عن ماله ، وفي هذه الحالة يصح للمغبون الذي أعطى أكثر مما أخذ جاهلاً بالتفاوت فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للآخر ولأن هذا النوع من المعاوضات لا يخلو من الخداع في الغالب واستغلال جهل الطرف الآخر بالثمن الواقعي، أطلق الفقهاء على هذا النوع من المعاملات بالمعاملات الغبنية من حيث انها لا تخلو من الخداع في الغالب ، وقد يكون التفاوت بين العوضين ناتجاً عن جهلهما معاً بالواقع .

فالمعول على التفاوت بين المالين الناتج عن جهل الطرف الآخر سواء كان البائع مثلاً مخادعاً له أم لا ، والظاهر ان الفقهاء متفقون على ان للمغبون الحق في فسخ العقد وامضائه بالعوض الذي جرى عليه العقد ، واستدل الفقهاء على هذا الخيار بأن التساوي بين المالين في المعاوضات من الشرائط الضمنية المتفق عليها بين المتعاقدين ، فالعقد تام بجميع مقوماته وعناصره ، لم يفقد شيئاً سوى التساوي الذي بني عليه الرضا بتلك المعاملة ، فاذا تبين بعد العقد ان المعاملة فاقدة لهذا الشرط يحق للطرف الآخر إبطالها وله أن يقرها مع هذا التفاوت ، ولا يبعد

إلحاق الشروط الضمنية بالشروط الصريحة من حيث ثبوت الخيار فيهــا ، ومن أمثلة ذلك ما لو امتنع أحد الطرفين من تسليم العوض إلى الآخر ، فيثبت للطرف الثاني الخيار في الفسخ وان لم يشترط عليه التسليم صراحة في العقد ، وليس ذلك إلا من حيث التباني بين المتعاقدين على التسليم والتسلم بينهما (١) .

واستدل العلامة الحلي على هذا الخيار بقوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

والمغبون إنما أقدم على المعاملة بناء منه على تساوي العوضين ، ولم يرضَ بها إلا لبنائه على ذلك ، وحيث ان التساوي من الصفات ، وتخلف الصفة لا يوجب اكثر من اعطاءه الحق في فسخ العقد .

على ان إلزامه بالمعاملة في هذه الحالة اضرار به ،وأضاف إلى ذلك ان النبي(ص) قد أثبت الخيار في البيع الواقع بين أهل البلد والوافدين عليها ، كما لو اشترى أهل البلد من الوافدين أو باعوهم قبل وصولهم إلى الاسواق والتعرف على الاسعـار ، وليس ذلك إلا من حيث ان هذه المعاملات لا تسلم من الاستغلال في الغالب(٢)

ومن أدلة هذا الخيار لا ضرر ولا ضرار في الاسلام لو كان اعتبار التساوي بين المالين من الشروط الضمنيـة كما جاء في منية الطـــالب ومجمل الاستدلال بالقاعدة : ان التساوي بين المالين لو كان من مقتضيات المعاوضة التي يقوم عليها

---

١ ـ وقد انكر الشيخ الانصاري كفاية هذاالنوع من الثياتي في اثبات الخيار واحتج لذلك بان تساوي العوضين في المالية ليس من الاغراض الاساسية في المعاملات ولا هو من اجزاء العقود واركانها ، وانما هو من الدواعي الخارجة عنها كالبيع لوفاء الدين او للانفاق ونحو ذلك مما يدعو للمعاوضة ، وتخلف الدواعي لا يوجب تزلزل العقـد الا اذا كان قيـدا صريحا في العقد .

٢ ـ وقد عبر الفقهاء عن هذا الخيار ، بخيار تلقي الركبان .

نظام الناس في معاشهم ، لم يكن الطرف الآخر المغبون ملتزماً بالغبن والتفاوت الواقع بين المالين ، فالزامه بالمعاملة مع انه لم يلتزم بها مع هذا التفاوت مرفوع بمقتضى لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، وإذ لم يكن ملزماً بالمعاملة من هذه الحيثية يكون مخيراً بين حل العقد واسترجاع ماله وبين المضي على المعاملة .

أما إذا لم يكن التساوي بين المالين من الشروط الضمنية بأن كان من الشروط البنائية التي لا تقتضيها طبيعة المعاوضة ، او كان من قبيل الدواعي الخارجية القائمة في نفس المتعاقدين فالضرر لم ينشأ من إلزام المغبون بالالتزام بالعقد ، وإنما حصل من اقدامه على المعاملة ومن بنائه على تساوي العوضين ، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام مفادها رفع الحكم الضرري فيما لو كان الضرر حاصلاً من قبل ذلك الحكم (١) .

ومهما كان الحال فالفقهاء متفقون على ثبوت الخيار للمغبون بين امضاء العقد وفسخه ، ويكفي لاثبات هذا الخيار الاجماع القائم عليه لو افترضنا ان الادلة التي استدل بها الفقهاء لا تكفي لاثباته . ولا بد لثبوت هذا الخيار من شرطين : الاول ان لا يكون المغبون عالماً بالتفاوت بين العوضين ، فلو كان عالماً به ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا يكون مغبوناً ، لأنه أقدم على دفع الزائد بارادته واختياره ، ولا حرج على الانسان ان يتصرف في امواله كما يشاء بإرادته واختياره .

---

١ هذا ولو بنينا على ان التساوي من الشروط الضمنية التي تقتضيها طبيعة المعاوضة بنحو لم يكن المغبون مقدما على الضرر وملتزما به ، فغاية ما يترتب على ذلك عدم التزامه بالمعاوضة من حيث ان الزامه بها والحال هذه ضرر لم يقدم عليه ، وحديث لا ضرر مقتضاه رفع الحكم الضرري فيما لو كان الضرر ناشئا عن طريق الحكم ، ولا يلزم من ذلك اكثر من تزلزل العقد ، وهذا المقدار لا يثبت الخيار للمغبون بين فسخ العقد وامضائه بتمام الثمن ، لان الغبن كما يندفع بذلك يندفع ايضا بالالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت او فسخه بمقدار الزائد عن ثمن المبيع.

الشرط الثاني: ان يكون التفاوت بين العوضين مما لا يتسامح الناس في مثله عادة ، كما لو باع شخص ما قيمته عشرة دنانير بخمسة عشر دينار معتقداً أن المبيع يساوي هذه القيمة ، فان هذا المقدار من التفاوت لا يتسامح به المتعاقدان في الغالب ، فلو كان التفاوت يسيراً بأن باع ما يساوي عشرة دنانير بأحد عشر ديناراً ، فلا خيار في مثل ذلك لأن هذا المقدار من التفاوت قد يقدم عليه المتعاقدان حتى مع علمهما به ، ولأن المعاوضات مبنية على التكسب والطمع في الربح ، ولا يلزم من الزام المشتري بالمعاملة في مثل ذلك ضرر او اضرار، ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في كتب الفقهاء : ان الفقهاء بين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت هذا الخيار ، بمعنى ان الخيار يحدث عند اطلاع المغبون على التفاوت بين العوضين ، وبين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت الخيار بمعنى ان الخيار يحدث من حين العقد ، واطلاع المغبون على التفاوت يكون كاشفاً عنه .

قال الشيخ مرتضى الانصاري : ومما يؤيد الأول انهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمن الخيار ، ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن قبل اطلاع المغبون على التفاوت الموجب للخيار ، ونص بعضهم على نفوذها في هذه الحالة وان المغبون ينتقل بعد ظهور الغبن فيما لو فسخ العقد إلى مثل المبيع او قيمته ، ولو كان ظهور الغبن كاشفاً عن ثبوت الخيار تعين الرجوع الى عين المال فيما لو فسخ المغبون وتبطل التصرفات الواقعة عليه .

وأضاف إلى ذلك الشيخ الانصاري : ان ظهور الغبن سواء كان سبباً لحدوث هذا الخيار أم كان كاشفاً عن حدوثه من حين العقد ، فالآثار الثابتة لهذا الخيار منها ما لا يترتب إلا بعد ظهور الغبن ، ومنها ما يترتب عليه بوجوده الواقعي ، فالتصرف الواقع من المغبون قبل اطلاعه على التفاوت لا يوجب سقوط خياره ، وفي ذلك ما يشعر بأن آثاره لا تترتب عليه إلا بعد وجوده وظهوره ، كما وان حكمهم بصحة اسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن هذا الحكم يشعر بأن هذا

النوع من الآثار يترتب عليه بوجوده الواقعي ، ولو كان ظهور الغبن سبباً لحدوث الخيار يلزم ان يكون اسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن لغواً ، ومن الجائز ان يكون هذا التفاوت في ترتيب الآثار هو المسبب لهذا التشويش والاختلاف بين الفقهاء في حدوثه من حين العقد او من حين الإطلاع على التفاوت.

ومن مجموع ما تقدم تبين ان هذا الخيار قد شرع لتدارك ضرر العاقد المغبون، حيث انه لم يقدم على المعاملة وهو يظن بهذا المقدار من التفاوت ، ولم يرض بها إلا على أمل التساوي بين المالين ، لذلك فقد جعل له الشارع الحق في فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للعاقد الآخر ، ونظراً لأن الدافع على تشريعه التخلص من الضرر اللاحق بالمغبون، لا يبعد ثبوت هذا الخيار في جميع المعاوضات المالية اللازمة كالبيع والاجارة والصلح المستعمل في مقام المعاوضات ونحو ذلك كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء ، ولم يستثنو من المعاوضات المالية إلا الصلح الواقع نتيجة للنزاع والتخاصم حيث ان الغاية منه في مثل هذه الحالات قطع الخصومة ، وجعل الخيار لأحدهما في هذا النوع من العقود يتنافى مع الغاية التي وجد من أجلها .

وقد نص بعض الفقهاء : على ان كل عقد وقع من المتعاقدين ، وكان مبنياً على التساهل والتسامح ، هذا العقد أي كان نوعه لا يدخله هذا الخيار ، حتى ولو كان بيعاً ، ولا تشمله أدلة هذا الخيار .

ثم ان هذا الخيار المجعول للعاقد المغبون هل يسقط إذا لم يستعمله عند اطلاعه على الغبن ، او يبقى ولو لم يعلن عن رأيه في المعاملة بنحو يستمر إلى ما بعد زمان الاطلاع عليه ؟ وقد نسب الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب إلى أكثر الفقهاء انهم يرجحون سقوطه إذا اطلع العاقد المغبون على الغبن ولم يستعمل حقه في الفسخ او الامضاء بعد الاطلاع على الغبن .

ولعلهم يعتمدون في ذلك على ان التسلط على حل العقد إنما هو لأجل تدارك

الضرر اللاحق بالعاقد المغبون ، فإذا اطلع المغبون على الغبن وكان عالماً بأن الشارع أعطاه الحق ليتدارك الضرر الناتج من هذه المعاملة ، ومع ذلك لم يستعمل هذا الحق يكون راضياً بالمعاملة ومسقطاً لحقه .

وقد حاول جماعة من الفقهاء استنتاج الحكم في هذه المسألة بالرجوع إلى بعض المبادىء الأصولية المدونة في أصول الفقه الجعفري من حيث ان هذه المسألة من مصاديق تلك القواعد المتفق عليها بين الأصوليين ، وتتلخص القاعدة الاصولية بالبيان التالي :

إذا كان العام موضوعاً لحكم من الاحكام يستفاد منه ثبوت الحكم لكل فرد من أفراد ذلك العام ، ويستتبع ذلك عموماً من ناحية الزمان ايضاً ، فان ثبوت الحكم لكل فرد في كل زمان ان كان من حيث دلالة العموم على ذلك ، بمعنى ان العام كما يدل على جميع الافراد يدل ايضاً على ثبوت هذا الحكم لكل فرد في كل جزء من أجزاء الزمن، فلو كانت دلالة العام على افراده على هذا النحو وخرج فرد من أفراد العام بالتخصيص ، ولم يتبين ان خروجه في جميع الازمنة او في الزمان الاول ، ففي مثل ذلك يتعين الرجوع إلى العموم بالنسبة إلى الزمن الثاني ، لانا قد فرضنا ان العام بعمومه يدل على ثبوت الحكم لكل فرد في كل جزء من الزمن ، فالشك في خروج الفرد في الزمن الثاني يرجع إلى الشك في التخصيص بالنسبة إلى هذه القطعة من الزمن ، وفي مثل ذلك لا بد من الرجوع إلى العام كما هو مقرر في أصول الفقه الجعفري .

اما إذا لم يتعرض العام بمقتضى عمومه إلا إلى الافراد ، وكان استمرار الحكم في الزمان من حيث انه قد أطلق حكمه ولم يقيده في زمان من الازمنة ، فيستمر الحكم لجميع الافراد ايضاً ، ولكن ليس من جهة دلالة العموم على ذلك ، بل لان عدم التقييد يستتبع استمرار الحكم في جميع الازمنة ، فإذا خرج فرد من العام بالدليل المخصص له وشككنا في خروجه في الزمن الاول او في جميع

الازمنة ففي مثل ذلك لا يصح الرجوع إلى العام بالنسبة إلى الزمن الثاني ، لان هذا الفرد قد خرج من العموم بالتخصيص ، واستمرار خروجه لا يستلزم تخصيصاً جديداً ، فيتعين استصحاب حكم المخصص في الزمن الثاني .

وقد اتجه بعض القائلين بأن الخيار يسقط في الزمن الثاني إذا لم يستعمل المغبون حقه في الفسخ في الزمن الأول ، إلى ان العمومات التي تدل على لزوم المعاملة كما تدل على لزوم كل فرد من أفراد العقود ، تدل أيضاً على لزومها في كل جزء من اجزاء الزمان ، فإذا جاء الدليل وأخرج فرداً عن حكم العام كما هو الحال في هذا الخيار وشككنا في ثبوته في الزمن الثاني بعد الاطلاع على الغبن يتعين الرجوع إلى العمومات القاضية بلزوم العقد بالنسبة للزمن الثاني ، لأن ثبوت الخيار فيه تخصيص زائد للعموم، ولازم ذلك سقوطه في زمان الشك استناداً لتلك العمومات .

كما اتجه بعض القائلين ببقاء الخيار في الزمن الثاني إلى ان العمومات القاضية بوجوب الوفاء بالعقود لا تدل إلا على وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود ، واستمرار وجوب الوفاء في جميع الازمنة إنما جاء من ناحية الاطلاق وعدم التقييد في زمان من الأزمنة ، وبما ان العقد المشتمل على الغبن قد خرج عن حكم تلك العمومات بالأدلة المخصصة لها ، ولا يلزم من خروجه في الزمن الثاني تخصيص زائد لها ، وليس في أدلة التخصص ما يشير إلى خروجه في خصوص القطعة الاولى من الزمان المتصل بالعقد فيتعين استصحاب حكم الخاص في الزمن الثاني ، ولازم ذلك استمرار الخيار (١) .

---

١ ـ انظر المكاسب وشرحها للسيد كاظم مبحث خيار الغبن .

موقف الفقه المدني من الغبن

٤١

لقد اعتبر المدنيون الغبن من عيوب العقد ، وعرفوه بأنه عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين ، قال السنهوري : ويتلخص من هذا التعريف الامور التالية :

١ – ان الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضات غير الاحتمالية ، اما عقود المعاوضات الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الاولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ولأن الثانية يعطي فيها أحد العاقدين ولا يأخذ ، فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى .

٢ – ان الغبن يقدر وقت التعاقد فينظر إلى التعادل في ذلك الوقت، ولا عبرة بتغير القيمة بعد العقد .

٣ ان الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش .

ولا بد مع ذلك من كون المغبون جاهلًا بالتفاوت بين المالين حين العقد، فلو كان عالماً به وأقدم على البيع بأقل من الثمن لا يكون مغبوناً بالمعاملة .

بهذه الشروط يلتقي الشرعيون والمدنيون التقاء كلياً وقد نبهنا عليها في خلال حديثنا عن الغبن الموجب لتزلزل العقد في الفقه الجعفري .

وقد ذكرنا ان هذه الشروط إذا توفرت في العاقد المغبون يثبت له الحق في ابطال العقد واسترجاع ماله بمعنى انه يكون مخيراً بين فسخ العقد وبين الالتزام به كما وقع ، وبذلك نصت المادة ٢١ من القانون المدني السويسري .

قال السنهوري : وتقضي المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة ان يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دُفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها ، او خفة او عدم تجربة . بينما تنص أكثر القوانين على ان المغبون مخير بين ان يطلب ابطال العقد واسترجاع ماله وبين ان ينقص التزامه الناشيء عن العقد ، ويبقى له الحق في ذلك خلال سنة من تاريخ ابرام العقد (١) .

*

* *

---

١ ـ انظر الوسيط للنهوري ص ٣٥٦ دما بعدها ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٧٠ ومـا بعدهـا .

موقف المذاهب الاربعة من هذا الخيار

٤٢

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الأربعـــة تبايناً في وجهات أنظار الفقهاء في الشروط والموارد التي يثبت فيها هذا الخيـــار ، فالرأي المشهور بين فقهاء المالكية انه لا يجوز حل العقد لأجل الغبن فيه ولو كان كثيراً فوق العادة إلا إذا توفرت الشروط التالية :

الأول : يكون المغبون وكيلا او وصياً ، فاذا وكل شخص انساناً لكي يشتري له سلعة فاشتراها له بأكثر من ثمنها الواقعي بحيث كان التفاوت فاحشاً فللموكل الخيار بين الرد والإمضاء وكذلك فيما لو وكله ان يبيع له فباع بأقل من الثمن الواقعي .

الثاني : ان يستسلم المشتري للبائع او البائع للمشتري ، كأن يقول له: اشتري مني كما تشتري من سائر الناس ، فلو اشترى منه وتبين التفاوت بين العوضين ، فللمغبون منهما الخيار .

الثالث : ان يستأمن البائع او المشتري الطرف الآخر ، ثم يتبين له بعد ذلك ان التفاوت بين المالين كان فاحشاً .

والرأي الثاني للمالكية مع انه أكثر اعتدالاً وموافقة للأصول أقل انصارا من الرأي الأول وملخصه ان التفاوت بين المالين بمقدار الثلث ، لو كان الطرف الآخر عالماً به يحق للمغبون فسخ العقد في مثل ذلك .

ويدعي الحنابلة ان الغبن الفاحش لا يكون سبباً لحل العقد إلا في بيع تلقي الركبان وبيع البخش (١) ، وفيما إذا لم يكن للبائع والمشتري معرفة بالأسعار ولا يحسنان البيع والشراء ، ويقبل قول من يدعي الغبن بعد تحليفه اليمين إذا احتج بأنه لا يحسن البيع والشراء .

اما إذا كان المشتري او البائع ممن يحسن البيع والشراء ولهما خبرة بالأسعار فالغبن مهما كان بالغاً لا يؤثر في جواز الفسخ .

وقال الأحناف : ان الغبن وحده لا يكفي لحل العقد إلا إذا كان فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وان يكوي بالاضافة إلى ذلك ناتجاً عن تغرير الطرف الآخر كما لو أغراه بالشراء مثلاً ووصف له المبيع ببعض الصفات التي ترغبه في شرائه .

ولم يعتبر الشوافع حداً للتفاوت ، فسواء كان كثيراً أم قليلاً لا يوجب الخيار إلا إذا كان ناتجاً عن التغرير والمخادعة .

والمتحصل من فقه المذاهب الاربعة ان الاقوال في هذه المسألة تنحصر في الاقوال الثلاثة التالية :

الاول ثبوت الخيار للمغبون وان لم يكن الغبن نتيجة لغرير الغابن ، لأن

---

١ ـ والمراد من بيع النجش ان يقوم شخص بزيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع بدافع ترغيب الغير بها واغرائه بشرائها ، فلو اشتراها في هذه الحالة مخدوعا بالثمن الذي دفعه ذلك الشخص يثبت له الخيار .

الغبن ظلم يجب إزالته بالفسخ فيا إذا كانت العقود قابلة لذلك ، كما نص على ذلك بعض فقهاء المالكية .

الثاني : ان الغبن إنما يوجب الخيار في بيع النجس والمسترسل (١) وبيع تلقي الركبان (٢) وفيا عدا ذلك لا يوجب الخيار كما يدعي الحنابلة .

الثالث : ان الغبن يوجب الخيار إذا كان ناتجاً عن تغرير البـــائع كما ذكرنا بالنسبة إلى العقود الواقعة بين المتعاقدين على أموالهم ، وفيا إذا كانت على أموال الصغير والمحجور عليهم والاوقاف وغـير ذلك مما يتولاه غـير المالك بولايته او بوكالته ، فالغبن الفاحش يوجب البطلان عند بعضهم ، والفساد عند آخرين (٣) .

*
* *

١ ـ المسترسل هو الذي يسلم الامر الى الطرف الاخر ولا يحسن المساومة مع جهله بالثمن .

٢ ـ وهم الذين يقدمون الى بلد اخر لبيع بضائعهم ، فيتلقاهم الناس الى خارج البلد ويشترون منهم باقل من الثمن ، وقد جاء عن النبي (ص) ان للبائع الخيار في هذه الحالات

٣ ـ انظر الفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ٢٨٤ و ٢٨٥ وانظر نظام المعاملات في الفقه الاسلامي ص ٤٠٨ و ٤٠٩ ، واحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٣٩ و ١٤٠ .

خيار التأخير

٤٣

يثبت الحق للبائع في فسخ العقد فيما لو باع المالك شيئاً ولم يستلم الثمن ، ولم يسلم من جانبه المبيع ، ولم يكن بينهما شرط يسوغ لهما التأخير إلى أجل معين ، فالبيع ينعقد لازماً ويستمر إلى ثلاثة أيام ، فإن جاء المشتري بالثمن خلال الايام الثلاثة كان أحق وأولى بالمبيع من غيره ، وإذا مضت الايام الثلاثة ولم يدفع المشتري الثمن يثبت الخيار للبائع ، ويكون مخيراً بين فسخ العقد وبين ابقائه ومطالبة المشتري بالثمن ، ويبدو ان هذا الخيار متفق عليه بين الفقهاء ، وقد استدل عليه بعضهم بالاضافة إلى الاجماع وحديث لا ضرر ولا ضرار بالنصوص المروية عن الأئمة (ع) ، والتي تدل على ان البائع غير ملزم بالعقد بعد مضي ثلاثة أيام على ابرامه إذا لم يدفع له المشتري الثمن .

وقد جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) : قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول له : آتيك بثمنه ، قال (ع) : ان جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له .

وروى عبد الرحمن بن الحجاج ، قال اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ، ثم احتبست أياماً وجئت إلى بائع المحمل لأخذه ، فقال لي : قد بعته . فضحكت ، ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك ، قال : أترضى بأبي

بكر ابن عياش ؟ قلت : نعم . فأتيناه وقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : بقول من تحب ان أقضي بينكما أبقول صاحبك او غيره ، قلت: بقول صاحبي . قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له ، إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على نفي البيع بعد الثلاثة .

ولأجل ان النصوص التي تعرضت لحال هذا النوع من العقد لم تنص على ان البائع بالخيار بعد الأيام الثلاثة بل تنص على نفي البيع في مثل هذه الحالات ، لأجل ذلك اختار الشيخ الطوسي في كتابه المبسوط بطلان العقد بعد مضي المدة المذكورة وانفساخه بنفسه . ومقتضى الوقوف عند المعنى الظاهر من تلك المرويات التي نفى فيها الإمام (ع) البيع بين الطرفين مقتضى ذلك الالتزام بالانفساخ وبطلان العقد ، ولكن الفقهاء بأكثريتهم الغالبة لم يقفوا عند المعنى الظاهر من قوله (ع) لا بيع بينهما كما في رواية علي بن يقطين وقوله (ع) لا بيع له كما جاء في غيرها من المرويات عنهم عليهم السلام ، والتزموا بأن المنفي هو اللزوم وحده ، لان التسليم والتسلم ليسا من أركان العقد ، ولا من شروطه وإنما هما من مقتضيات المعاوضة الواقعة بينهما فتكون النصوص مؤكدة لهذه الحقيقة ، وإذا انتفى اللزوم يكون المتعاقدان بالخيار بين الغاء العقد وبين الالتزام به .

ولا بد من بقاء المبيع والثمن في يد البائع والمشتري كما يستفاد ذلك من النصوص التي اعتمد عليها الفقهاء في اثبات هذا الخيار ، ولا يمنع من ثبوته استلام البائع بعض الثمن كما تدل على ذلك رواية ابن الحجاج،حيث نصت على نفي البيع مع ان المشتري قد دفع للبائع بعض الثمن كما هو مورد السؤال والخصومة التي أدت إلى تحكيم أبي بكر بن العياش .

وقد اتفق الفقهاء على ثبوته فيما إذا كان المبيع شخصياً او عيناً من الاعيان الخارجية ، اما لو كان كلياً في الذمة ، فقد رجح جماعة عدم ثبوت الخيار للبائع في مثل ذلك ، نظراً لان مورد النصوص هو المبيع الخارجي كما يستفاد من مروية

زرارة عن الإمام الباقر (ع) ، وقد جاء فيها : الرجل يشتري المتاع ثم يدعـــه عنده . كما نص جماعة من الفقهاء على ثبوته في هذه الحالة ولو كان المبيع كليـاً ، لان المورد وان كان ظاهراً في المبيـع الشخصي ، إلا ان جواب الإمام (ع) يتسع له ولغيره .

ثم ان ثبوت الخيار للبائع بعد الايام الثلاثة إنما هو فيما يمكن بقائه إلى ثلاثة أيام او اكثر ، فلو كان المبيـع مما يفسد بالتأخير كاللحوم والفاكهة ونحو ذلـك ، فالخيار يحدث للبائع قبل مضي الثلاثة وقبل طرو الفساد على المبيـع ، لان الزامه بعدم الفسخ والحالة هذه يعرضه للضرر ، وكل ما يلزم منه الضرر منفي بمقتضى قوله (ص) لا ضرر ولا ضرار في الدين .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه الضرر ، وان كان خارجاً عن مورد النص ، كما إذا كان المبيـع مما يفسد في يوم او نصف يوم فيثبت الخيار قبـل طرو الفساد المؤدي إلى تضرر البائع .

*

* *

موقف الفقه المدني من عدم تسليم كل من البائع والمشتري للعوضين

٤٤

والظاهر ان الفقه المدني يلتقي مع الفقه الجعفري في إعطاء البائع حق فسخ العقد إذا لم يسلم احد العاقدين ما وجب عليه بمقتضى العقد التقاء كلياً .

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم : تقضي الفقرة الاولى من المادة ١٧٧ من القانون المدني بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ، إذا توافرت الشروط الثلاثة التالية :

الاول : ان يكون العقد ملزماً للجانبين ، لان هذا النوع من العقود ينشىء التزامات متقابلة على عاتق كلا طرفي العقد ، والاخلال بتنفيذ أحد الطرفين هو الذي يبرر حق الفسخ .

الثاني : لا بد لإمكان الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة ان لا ينفذ أحد العاقدين ما وجب عليه بالعقد مع بقاء الآخر ملزماً بالتنفيذ (٢) .

---

١ ـ والمراد في الاعذار هو المطالبة والتشديد عليه بتنفيذ ما التزم به بخصوص تسليم العوض للطرف الاخر .

٢ ـ وهذا الشرط من اركان هذا الخيار عند الجعفريين ، وجميع النصوص التي فسحت المجال للبائع بالتخلص من العقد موردها عدم التنفيذ من كلا الطرفين .

الثالث : ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادرا عليه ، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد فيجب ان يكون قادرا على رده ، فإذا لم يكن قادراً عليه فلا يجاب إلى طلبه ، وإذا باع الشيء الذي تسلمه بمقتضى العقد امتنع عليه طلب الفسخ (١) .

وقال الدكتور الحكيم : ان القوانين المدنية لم تكن تعترف بحق الفسخ في صورته هذه إلا بعد تطور طويل ، فلم يكن القانون الروماني يعترف به ، فهو لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين ، ففي عقد البيع الملزم للجانبين كان التزام البائع بتسليم المبيع مستقلاً عن التزام المشتري بدفع الثمن ، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام الآخر إلا ان يجبره على التنفيذ ، ولم يكن باستطاعته ان يطلب فسخ العقد والتحلل من التزامه ، ولكن بعد ان مر القانون الروماني بمرحلة من التطور أدخل فيه شرط يعطي البائع الحق في طلب الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن ، وانتقل هذا الشرط خلال القرون الوسطى إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان فقهاء هذا القانون يقولون بجواز الفسخ ولو لم يوجد شرط صريح في العقد . وأقر في المادة ١١٨٤ حق الفسخ ، وعلله بوجود شرط ضمني يفرض على كل منهما تسليم العوض للآخر بدلاً من الشرط الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني ، ولا يؤيد الفقه الحديث نظرية الشرط الفاسخ الضمني هذه في تفسير حق الفسخ ، ولكن الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في تفسير هذا الحق ، وقد علله بعضهم بأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزاماته يفوت على الطرف الآخر الغرض الذي قصده من وراء

---

١ ـ ومما لا بد منه في الفقه الجعفري ان البائع الذي له ان يتخلص من العقد اذا لم يسلمه المشتري الثمن خلال ثلاثة ايام انما يسوغ له الفسخ اذا كان هو مستعد لتسليم المبيع الى المشتري ، اما اذا لم يكن مستعدا لذلك فليس له فسخ العقد ، ويكون عدم التنفيذ من طرف المشتري حقا من حقوقه بمعنى ان له ان يمتنع عن التسليم حتى يتسلم المبيع .

تعاقده (١) .

وعلله آخرون بأن التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري مرتبط بالتزام المشتري تسليم الثمن ، والنتيجة الطبيعية لهذا الارتباط انه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ ما التزمه للآخر، ان يمتنع الآخر عن التنفيـــذ او يتحلل من التزامه نهائياً بفسخ العقد (٢) .

ومن مجموع ذلك تبين ان نظرية فسخ العقد بعد ان انتهت لمرحلتها الأخيرة ، فيما إذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه كما لو تمنع المشتري عن دفع الثمن مثـــلاً بالشروط التي ذكرناها ، هذه النظرية تلتقي مع خيار التأخير المجعول للبائع فيما إذا كان عازماً على الوفاء بالتزاماته نحو المشتري مع فرض بقاء المبيـع في يده كما ذكرنا ، غير ان الفقه الجعفري قد أعطى حق الفسخ للبائع بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ العقد وقوفاً مع النصوص التي أعطته هذا الحق ، مع العلم ان فريقاً منهم لم يتقيدوا بها فيما لو كان المبيـع لا يصلح للبقاء في هذه المدة كما ذكرنا (٣) .

*
* *

---

١ ـ ومعنى ذلك انه يلزم من عدم تسليم المشتري الثمن اضرار البائع فيما لو وجب عليه الالتزام بالعقد ، كما نص على ذلك العلامة الحلي .

٢ ـ انظر مصـــادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٣٦٦ الى ص ٣٦٩ .

٣ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث خيار التاخير .

خيار الرؤية

٤٥

لقد اتفق الفقهاء على ان للمشتري الحق في فسخ العقد إذا كان المبيع على خلاف ما وصفه له البائع ، واستدلوا على ثبوت هذا الحق للمشتري بقول النبي (ص) : لا ضرر ولا ضرار في الدين ، حيث ان الزام المشتري بتنفيذ العقد مع ان المبيع فاقد للصفات التي ذكرها البائع اضرار به لأنه قد بذل في مقابله الثمن باعتباره متصفاً بتلك الصفات ، على ان المبيع مع الصفات المحبوبة للمشتري يشجعه على بذل الثمن والإقدام على المعاوضة ، هذا بالاضافة إلى بعض النصوص التي أثبتت الخيار له في هذه الحالة .

فلقد روى جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) ، قال سألته عن رجل اشترى ضيعة ، وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما ان نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع واستقال صاحبه فلم يقله . فقال أبو عبد الله الصادق (ع) : انه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ، ثم بقي منها قطعة لم يرها كان له فيها خيار الرؤية .

ولا بد في هذا النوع من العقود من ذكر العين الشخصية بأوصافها بنحو لا يكون الإقدام عليها إقداماً على مجهول ، وبدون ذلك يبطل العقد ولا يبقى مورد للخيار .

ورجح جماعة ان مرجع الخيار في المقام إلى تخيير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت (١) ، كما ادعى آخرون بطلان العقد إذا لم تكن العين موضوع العقد جامعة للصفات ، واحتجوا لذلك بأن المعقود عليه هو العين الجامعة للصفات التي ذكرها البائع ، والذي استلمه المشتري لا ينطبق عليه وصف البائع (٢) .

وكيف كان فهذا الخيار كغيره من الخيارات يسقط باسقاطه بعد الاطلاع على حال المبيع ، كما يسقط بالتصرف فيه بعد العلم بحاله ، لأن التصرف فيه بعد معرفته يكشف غالباً عن الرضا فيه ، ولو تصرف فيه قبل الاطلاع عليه فلا يبعد بقاء الخيار في هذه الحالة ، ذلك لأن التصرف إنما يعبر عن رغبة المشتري ورضاه بالمعاوضة على جميع الأحوال إذا كان محيطاً بحال المبيع ومطلعاً عليه ، اما مع الجهل بحاله فلا يكشف عن الرضا به على جميع التقادير .

ولو اشترط البائع على المشتري سقوط هذا الخيار في ضمن العقد ، فقد اختار الشيخ في المكاسب بطلان العقد والشرط ، لأن اشتراط الأوصاف المعينة في المبيع يرجع إلى ربط الالتزام بالعقد بتلك الصفات التي نص عليها البائع ، ومرجع اشتراط سقوط هذا الخيار إلى الالتزام بالعقد على كل حال وان لم توجد في المبيع تلك الصفات ، وهذان التزامان متنافيان في الواقع لا يمكن تنفيذهما .

ويظهر من النصوص الفقهية ان هذا الخيار يثبت في جميع العقود اللازمة كالبيع والصلح والإجارة وغير ذلك من العقود اللازمة ، فيما اذا تبين ان المعقود

---

١ ـ القائل بذلك هو ابن أوديس الحلي في كتابه السرائر .

٢ ـ والقائلون بذلك قد فاتهم ان تخلف الوصف لا يوجب التباين بين الموجود والمعقود عليه ، والعرف لا يرى في مثل ذلك اكثر من ان المبيع فاقد للاوصاف التي وصفه بها المالك ، على ان النصوص في المقام قد اثبتت الخيار للمشتري بنحو لا يقبل التأويل والترديد .

عليه فاقد للصفات التي التزم بها العاقد ، لأن الحكم بالخيار في مثل ذلــك يحفظ لكل من العاقدين حقهما ولا يعد نقضاً العقد ، وهذا بخلاف ما لو ابطلنا العقد في هذه الحالة ، او التزمنا بلزومه وعدم الخيار ، فإن البطلان لا يخدم الا مصلحة المشتري واللزوم لايخدم الا مصلحة البائع،على ان البطلان لمجرد ان العين المستأجرة مثلًا فاقدة للصفات التي التزم بها المؤجر لا تسانده الادلة ويتنافى مع النهج الفقهي المتبع عند الفقهاء ، فانهم في مثل هذه الموارد لم يلزموا باكثر من الخيار (١) .

*
* *

١ ـ انظر المكاسب مبحث خيار الرؤية .

موقف المذاهب الاربعة من هذا الخيار

٤٦

الذي يظهر من بعض النصوص الفقهية . ان الشوافع يقفون من هذا الخيار موقفاً سلبياً فلقد جاء في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الاربعة : ان الشوافع لا يصححون بيع الغائب من غير فرق بين ان يكون غائباً عن مجلس العقد ، او موجوداً فيه ولكن المشتري لم يطلع عليه ، وسواء وصفه له البائع ام لا .

وعند الاحناف والمالكية والحنابلة يصح العقد ، ويثبت الخيار للمشتري اذا تبين ان المبيع فاقد للصفات التي التزم بها البائع ، ويتفق المالكية مع الشوافع بالنسبة الى المبيع الموجود في مجلس العقد فلا بد من التعرف عليه مباشرة ويبطل العقد بدون ذلك ولو وصفه البائع بما ترتفع به الجهالة .

وقال الدكتور محمد يوسف : ووقت هذا الخيار هو وقت الرؤية لاقبلها ، ويتفرع على ذلك ان من له الخيار لو اجاز العقد قبل رؤية محله لا تكفي فيه هذه الاجازة ، لانها وقعت قبل ثبوته ومرجعها الى اسقاط ما لم يوجد ، ويبقى للمشتري الخيار بعد رؤية المبيع ويستمر لمن هو له حتى يوجد ما يبطله مهما طالت المدة .

وقد عبر عن رأي الاحناف في هذه المسألة ، وجاء في ملاحظته التي ابداها

حول هذا الرأي : ان بقاء الخيار واستمراره ضرر وحرج للطرف الآخر، والراي الفقهي الذي ينص على انه لا يبقى الخيار الا فترة يسيرة من الزمن يتمكن فيها من فسخ العقد فاذا لم يفعل يسقط خياره ، هذا الرأي اوفق بحـــال الطرفين ويحفظ للمشتري حقه ، واذا لم يفسخ العقد بعد الاطلاع على حال المبيع يعتبر ذلك دليلاً على رضاه واجازة للعقد (١) .

والقول بثبوت هذا الخيار من حين الرؤية لا مـــن حين العقد هو المشهور بين فقهاء الشيعة ، كما وان اسقاطه قبل رؤية محله اي قبل الاطلاع على المبيع لا يكفي لسقوطه عند جماعة من الفقهاء كما هو الحال في جميع الخيارات ، لان ذلك اسقاط الشيء قبل وجوده على حد تعبيرهم .

ويدعي الاستاذ الخفيف ان العقد على الاعيان الغائبة يصح للمشتري فسخه قبل رؤية المبيع بسبب الخيار الثابت له ، ولكن الفسخ مع ذلك بسبب كون بالنسبة اليه غير لازم .

*
* *

---

١ ـ انظر الفقه على المذاهب الاربعة المجلد الثاني ص ٢١٨ وما بعدها واحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٤٩ والمدخل لدراسة نظـام المعاملات ص ٤٧٦ و ٤٧٨ .

خيار العيب

٤٧

إذا وجد أحد العاقدين عيباً في المعقود عليه ثمناً كان او مثمناً يثبت الخيـــار بين الرجوع بالتفاوت وإبقاء العقد وبين فسخه واسترجاع العوض الذي دفعه إلى الطرف الآخر حتى ولو لم يشترط سلامة المبيع أو الثمن من العيوب ، لأنه حينما أقدم على المعاوضة لم يقدم عليها إلا وهو مطمئن لسلامة العوض ، وعدم نقصان المبيع او الثمن عن الخلقة الأصلية.

قال العلامة في التذكرة : الأصل في المبيع من الأعيان والاشخاص الصحة والسلامة من العيوب ، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين ، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى اصالة السلامة .

ونص جماعة من الفقهاء على ان المتعاقدين لو اشترطا صحة البيع من العيوب يكون الشرط مؤكداً لهذا الأصل الذي يقتضيه اطلاق العقد ، فلا يؤثر هـــذا الشرط خياراً آخر غير خيار العيب فيما لو انكشف وجود عيب في المبيع او الثمن .

وتخيير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت بـــين الصحيح والمعيب هذا الخيار الثابت له فيما إذا وجد في المبيع عيباً ينحصر الدليل عليه بالاجماع ، ذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة لم تتعرض للخيار

بهذا النحو ، وقد جاء فيها : انه إذا وجد في المبيع عيباً وكان قائماً رده على صاحبه وأخذ منه الثمن ، وإن كان قد تصرف فيه يرجع بنقصان العيب على البائع .

فالتخيير بين الفسخ والإمضاء بعد استرجاع التفاوت لم يرد في شيء من النصوص .

قال في الجواهر : وليس في النصوص جميعها ذكر الإمضاء مع الارش ، بل ظاهرها الرد خاصة ، وعليه ينحصر الدليل على الخيار المردد بين الفسخ والإمضاء مع الارش باجماع الفقهاء .

وقد نص أكثر الفقهاء على ان هذا الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب، وان ظهور العيب يكشف عن وجوده من حين العقد .

ويسقط هذا الخيار كغيره من الخيارات بالتصرف في المعيب بعد العلم به ، ونص جماعة على انه يسقط بالتصرف وان كان قبل الإطلاع على العيب ، وجاء في بعض المرويات عن الإمام محمد الباقر (ع) ما يؤكد ذلك .

قال (ع) : ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب او عوار ولم ينبه عليه فأحدث فيه المشتري بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب ، فانه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء من الثمن .

وقال الشيخ مرتضى وجماعة من الفقهاء : ان التصرف بعد العلم بالعيب مسقط للرد إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع ، لأن الالتزام بالعقد كما يكون بالألفاظ يكون بالأفعال ، وربما يكون الفعل أدل على الرضا بالمبيع من القول ، كما لو صدر عن قصد والتفات إلى حال المبيع وحكمه ، اما التصرف الحاصل قبل العلم بالعيب فان كان مغيراً للمبيع بزيادة او نقيصة ، او مغيراً لهيئته كما لو خاط الثوب وطحن الحنطة ونحو ذلك من التصرفات هذا النوع من التصرفات لا يوجب اكثر من سقوط الرد ولا بد من إرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب ، لأن

هذا المقدار من التصرف قد يدل على الرضا بالبيع ولكنه لا يدل على الرضا بالعيب .

ولو كان التصرف من التصرفات المتعارفة التي لا توجب نقصاً في المبيع ولا تغير هيئته كركوب الدابة او السيارة واستغلال ناتج المبيع كحلب الدابة ونحو ذلك هذا النوع من التصرفات لا يدل على الرضا بالمبيع الناقص ، ولا يعد حدثاً ليكون مشمولاً للنصوص التي نصت على سقوط الرد بالعيب فيما لو أحدث المشتري في المبيع حدثاً .

وكما يسقط هذا الخيار بالتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب ، يسقط ايضاً فيما لو تلف المبيع او الثمن المشتمل على العيب ، او انتقل عن ملك مالكه ببيع او اجارة ، او تعلق به حق لغيره كما لو رهنه المالك ، وذلك لأن النصوص التي سوغت للمشتري ارجاع المبيع لمالكه لا تدل على جواز فسخ العقد والتراجع بالعوضين في مثل هذه الحالات ، وجاء في رواية جميل بن دراج عن أبي عبدالله الصادق (ع) :

الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد به عيباً ، فقال (ع) ان كان قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب .

ولم تفرق الرواية بين عروض هذه الحالات على المبيع قبل علم المشتري بالعيب او بعده .

ومما يوجب سقوط هذا الخيار حدوث عيب في المبيع في يد المشتري او البائع .

ومجمل القول في ذلك : ان العيب الحادث ، اما ان يحدث في المبيع وهو لا يزال في يد البائع ، واما ان يحدث عليه وهو في يد المشتري في زمن الخيار او

بعد انقضائه، فان كان قبل القبض او بعده في زمان الخيار الثابت للمشتري ، فلا يكون العيب الحادث موجباً لسقوط الخيار الثابت للمشتري بالعيب القديم ، ذلك لأنه لو حدث والمبيع في يد البائع ، يكون مضموناً عليه باعتبار ان المورد من جزئيات القاعدة المعروفة بين الفقهاء التي تنص على ان المبيع التالف قبل قبضه يتلف من مال بائعه ، وكذلك لو حدث العيب بعد القبض وقبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري بأحد الأسباب الموجبة له ، فإن ما يعرض على البيع قبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري يكون مضموناً على من لا خيار له وهو البائع عملاً بالمبدأ العام القاضي بأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له . فيكون الخيار مؤكداً لحق المشتري في استرجاع الثمن ورجوع المبيع إلى ملك البائع .

ولو حدث العيب الجديد على المبيع بعد ان استلمه المشتري وبعد انتهاء الخيار الذي كان له ، فالعيب الحادث يمنع من رد المبيع بالعيب القديم عند أكثر الفقهاء الجعفريين ، ونص بعضهم على ان الفقهاء مجمعون على سقوط الخيار في هذه الحالة ، ومن الجائز ان يكون مصدر حكمهم مروية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) حيث ان الإمام (ع) لم يسوغ للمشتري الرد بالعيب القديم إلا إذا كانت العين قائمة، فإذا حدث فيها ما يوجب تغييرها كما في الأمثلة التي ذكرها الإمام(ع) يتعين حق المشتري في استرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب .

على ان العيب الحادث في يد المشتري مضمون عليه وحده ، فارجاع المبيع إلى البائع والحالة هذه بسبب العيب القديم يؤدي إلى الاضرار بـه ، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار عدم الزامه بفسخ العقد وارجاع المبيع اليه ، ولا يلزم من ذلك ضرر على المشتري ، لأن تضرره بالعيب السابق الذي سوغ له رد المبيع يمكن تداركه باسترجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب عوضاً عن النقص الذي سبب له الخيار (١) .

---

١ ـ ولا يبعد ان يكون العيب الحادث في المقام مضمونا على البائع لانه حدث في المبيع في زمن الخيار الثابت للمشتري بمقتضى العيب السابق على العقد ، وكل نقص يطرأ على المبيع في زمن الخيار يكون مضمونا على البائع اذا كان الخيار مختصا بالمشتري ، ولازم ذلك بقاء الخيار لولا النص والاجماع الذي ادعاه بعض الفقهاء على سقوط الخيار في المقام .

وكما يسقط أحد طرفي هذا الخيار وهو فسخ العقد بالأمور التي ذكرناها كذلك يسقط الارش وحده ، ويبقى للمشتري الحق في فسخ العقد لا غير في حالتين :

الأولى منها : فيما لو كان العوضان من جنس واحد ، وتبين عيب في أحدهما، فيتعين حق المشتري في فسخ العقد لا غير ، ذلك لأنه لو أراد ان يسترجع منه مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب يتحقق التفاضل بين المتجانسين ، وبيع الشيء بجنسه مع الزيادة من أفراد الربا الذي حرمه الإسلام (١) .

الحالة الثانية : إذا لم يكن العيب موجباً لنقصان مالية المبيع ، ففي مثل ذلك لا مورد للارش، لأن الشارع قد جعل للمشتري الحق في استرجاع مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب لتدارك ضرر المشتري فيما لو كان النقص الموجود في المبيع موجباً لتفاوت قيمته بنظر العرف ، فإذا بقي المبيع محتفظاً بقيمته على التقديرين لا يثبت للمشتري هذا الحق ، وليس له في هذه الحالة إلا الفسخ او الإمضاء بتمام الثمن .

ويسقط هذا الخيار بكلا طرفيه فيما لو كان المشتري عالماً بالعيب قبل العقد وأقدم على شراء المبيع بالثمن الذي اتفقا عليه ، لأن الخيار قد شرع لتدارك ضرر المشتري من حيث عدم الرضا بالمبيع المعيب ، وفي اقدامه على المعاملة مع علمه بالعيب دلالة على الرضا بالمبيع على ما هو عليه .

---

١ ـ وذهب العلامة وبعض الفقهاء الى بقاء الخيار بكلا طرفيه في المقام ، لان التفاضل في بيع الشيء بجنسه انما يؤدي الى الربا فيما لو كانت الزيادة حين العقد ، والمفروض في المقام عدم الزيادة حين المعاوضة ، ولو اختار المشتري استرجاع جزء من الثمن في مقابل العيب ، هذا الاختيار لا يوجب التفاضل المحرم في بيع الشيء بجنسه ، لانه اشبه بالغرامة الشرعية التي حكم بها الشارع لتدارك ضرر المشتري . انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري .

وكما يسقط الخيار بكلا طرفيه إذا كان المشتري عالماً بحالة المبيع قبل شرائه ، كذلك يسقط أيضاً فيما لو تبرأ البائع من كل عيب في المبيع اجمالاً وتفصيلاً ، ذلك لأن الخيار انما ثبت له من حيث انه قد أقدم على المبيع معتمداً على سلامته من جميع العيوب ، فاذا نص البائع على انه غير مسؤول عن عيوب المبيع مهما كانت ، ومع ذلك أقدم عليه المشتري يكون اقدامه عليه كاشفاً عن رغبته فيه مهما كانت حالته ، هذا بالنسبة إلى العيوب السابقة على العقد . أما لو تبرأ من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض التي توجب الخيار، فقد رجح جماعة سقوط الخيار بذلك أيضاً ، لأن مرجع البراءة من العيوب المتجددة إلى اشتراط عدم الخيار للمشتري مهما طرأ على المبيع ، وأدلة الوفاء بالشروط تدل على لزوم هذا الشرط بالنسبة إلى المشتري، ولازم ذلك سقوط الخيار الثابت له لولا هذا الشرط.

وتوقف فريق من الفقهاء في سقوط الخيار بمثل ذلك ، لأن التبري من العيوب المستحدثة يرجع إلى إسقاط الشيء قبل وجوده .

ومهما كان الحال فمرجع التبري من العيوب إلى عدم ترتيب الآثار الثابتة للعيب من حيث ذاته لولا التبري منه ، ومعلوم ان الآثار الثابتة للعيوب إذا لم يتبرأ منها البائع هي الخيار بكلا طرفيه ، أما الآثار الأخرى التي تترتب على وجود العيب ، كما لو تلف المبيع بهذا العيب قبل ان يقبضه المشتري أو بعد قبضه ولكن في زمن خياره ، فإنه فيه يكون مضموناً على البائع ولو تبرأ البائع من عيوب المبيع ، وذلك لأن ضمان البائع للمبيع فيما لو تلف قبل القبض أو في زمن الخيار الثابت للمشتري ليس من آثار وجود العيب فيه حين العقد ليكون التبري من العيب رافعاً له ، وانما هو للقاعدتين المعروفتين بين الفقهاء ، وهما قاعدة « التلف قبل القبض من مال البائع » وقاعدة « التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له » ولولاهما كان الضمان من المالك .

ومجمل القول : ان التبري من العيوب لا يرفع غير الخيار ، أما ما يحدث على

المبيع بواسطة العيب كالتلف وشبهه فلا يرتفع بالتبري كما ذكرنا .

ويسقط الخيار بكلا طرفيه أيضاً إذا ارتفع العيب قبل علم المشتري به أو بعده لعدم الموجب لهذا الخيار ، حيث انه لا يلزم من إلزام المشتري بالوفاء بالعقد اضرار في حقه ، هذا بالاضافة إلى ان النصوص التي شرعت هذا الخيار يستفاد منها اعطاء المشتري هذا الحق في حال كون المبيع متلبساً بالعيب ، فاذا زال عنه العيب لا يكون مشمولاً لتلك النصوص .

ورجح الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب استحقاق المشتري للتفاوت بين الصحيح والمعيب في هذه الحالة، لأن المشتري قد استحق عليه التفاوت من حيث وقوع العقد على المعيب فاذا تحسن المبيع بعد ذلك وزال عنه العيب ، فلا يوجب براءة ذمة البائع من الأرش الذي ثبت له أولاً ، ووصف الصحة الذي طرأ على المبيع لم يحدث في ملك البائع ليكون موجباً لعدم استحقاق المشتري للأرش وانما حدث في ملك المشتري فهو كغيره من المنافع التي تتجدد في ملكه ، ولكن الشيخ الانصاري بعد انقرب استحقاق المشتري للأرش بما يرجع إلى ما ذكرناه، تردد في اعطاء النتيجة النهائية متخوفاً من مخالفة هذا التفصيل للاجماع ، وأضاف إلى ذلك : ولم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة الحلي أو بعده ، نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي ، وهي ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد ، وقد عرفت مراراً ان المرجع في ذلك هو الأدلة ولا منشأ لهذه القاعدة (١) .

ومهما كان الحال فالمشتري يستحق الأرش بمجرد العقد على المعيب ، لأجل تدارك ضرره ، ولأن وصف الصحة منظور اليه بعين الاعتبار عند العرف ، فاذا زال العيب فقد تجدد هذا الوصف في ملك البائع بعد أن استحق المشتري على

١ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري مبحث خيار العيب ومسقطاته .

البائع شيئاً من الثمن في مقابل العيب إذا لم يبادر إلى فسخ العقد ، ومعنى ذلك ان التفاوت بين الصحيح والمعيب يستحقه المشتري على البائع بمجرد العقد على شرط ان يبقى ملتزماً بالعقد ولا تبرأ ذمة البائع منه بمجرد زوال ذلك العيب .

ومجمل القول ان الفقهاء قد توسعوا في مسقطات هذا الخيار وأطالو الحديث حولها وتعرضوا لما يسقط به الرد وحده والارش وحده واستعرضوا جميع الآراء حول هذه المواضيع ، ونكتفي بما ذكرناه من المسقطات باعتبار انهـــا تعبر عن آراء أكثر الفقهاء ، ويستطيع الباحث بعد الاطلاع عليها والاحاطة بها ان ينظر من خلالها إلى المبدأ العام الذي يعتمده الجعفريون في هذه المباحث ، ويكون منها فكرة عن هذا الخيار ومشتقاته .

ومما لا بد من التنبيه عليه ، ان النصوص التي تعرضت لثبوت هـــذا الخيار وبعـض احكامـه لم تتعرض لماهية العيب ، ولا لبيان حقيقته ، ولازم ذلك أن يكون الشارع قد ترك الأمر من هذه الناحية إلى العرف كما هو الحال في جميع الموارد التي رتب فيها احكامه على الموضوعات الخارجية إذا لم يتعرض لبيانها كما وكيفا، ولأجل ذلك لا بد لنا في المقام من تحكيم العرف والرجوع اليـــه في موارد الاشتباه والتردد،ولا يبعد ان يكون الضابط الكلي الذي يقره العرف هو ان العيب الموجب للخيار،عبارة عن النقص او الزيادة في المبيع بنحو يكون موجباً لنقص ماليته في عرف التجار كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير والقواعد من غير فرق ان يكون النقص يسيراً أو فاحشاً ، وقد أطال الفقهاء الحديث عن العيب وتحديده وجاء في رواية محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (ع) ما يشعر بأنه عبارة عن مطلق الزيادة او النقيصة ، حتى ولو لم توجب نقصاً في مالية المبيع (١) . ولكن اكثر الفقهاء لم يلتزموا بـأن العيب الذي لا يوجب نقصاً في مـالية المبيع

---

١ ــ فلقد جاء في مروية محمد بن مسلم عنه انه قال : كل ما كان في اصل الخلقـة فزاد او نقص فهو عيب .

يسوغ للمتعاقدين فسخ العقد او الالتزام به واسترجاع شيء من الثمن في مقابل العيب (١) .

وقد توسع الفقهاء في الفروض المتصورة في مورد النزاع والتخاصم بين المتعاقدين في أسباب هذا الخيار ومسقطاته ، ولا يعنينا استقصاء جميع ما ذكره في المقام ، ولكن الذي يجب ان لا يفوتنا هو الاشارة إلى الاصول العامة التي اتبعها الجعفريون في فقههم لحل هذا النوع من الخصومات وسيتبين ذلك من الامثلة التالية :

لو اختلفا في أصل وجود العيب في المبيع فانكره البائع وادعاه المشتري ، او اختلفا في ان الموجود فيه عيب ام لا ، فالمشتري بوصفه مدعياً عليه ان يثبت ادعائه بالبينة الشرعية ، وعلى البائع بصفته منكراً لوجود العيب في المبيع عليه ان يحلف اليمين الشرعية على عدم وجوده فيما لو تعذر على المشتري ان يثبت ادعائه .

لو اتفقا على وجود العيب في المبيع ولكن المشتري قد ادعى تقدمه على العقد، وادعى البائع حدوثه بعد العقد ، فالبينة على المشتري ، وعلى البائع اليمين فيما لو تعذر على المشتري ان يثبت ادعائه ، وهذا من غير فرق بين العلم بتاريخ حدوث العيب والجهل بتاريخ العقد ، وبين عدم العلم بتاريخ حدوث العيب ، لأن مدعي تأخر حدوث العيب إلى ما بعد القبض قوله هذا موافق لاصالة اللزوم في العقود ومدعي التقدم وهو الطرف الآخر يدعي ذلك ليكون له الحق في فسخ العقد واسترجاع الثمن .

لو تنازع البائع والمشتري في ان المبيع الذي تعاقدا عليه ، هل هو المعيب أو غيره ، فادعى المشتري ان المبيع هو المعيب الذي بيده ، وادعى البائع أن

---

١ ــ انظر مكاسب الانصاري مبحث خيار العيب ، والمتاجر من الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي .

المبيع غيره ، فالمشتري هو المدعي المكلف بالاثبات لأنه يحاول في هذه الدعوى فسخ العقد ، والبائع هو المنكر ، لأن في ادعائه ينكر ان يكون المبيع معيباً .

ولو اتفقا على وجود العيب في المبيع ، واختلفا في ان المبيع هو الذي يحاول المشتري رده بالعيب أو غيره ، فادعى المشتري ان المبيع هو الذي بيده وانكره البائع مدعياً انه غير الذي بيد المشتري ، فعلى المشتري أن يثبت بالبينة الشرعية ان العقد وقع على العين التي في يده ، وإذا تعذر عليه ذلك فعلى البائع اليمين ، لاصالة عدم وقوع العقد على هذه العين التي بيد المشتري . إلى غير ذلك من الامثلة التي ذكرها الفقهاء في المقام ، ومن ذلك تبين ان المبدأ العام المتبع في حل هذه الخصومات وأمثالها يتألف من بينة المدعي ويمين المنكر ، فالذي يدعي وجود العيب ويطلب من الطرف الآخر شيئاً أو يحاول حل العقد ، عليه أن يثبت السبب المسوغ له ابطال العقد ، والطرف الآخر الذي يتمسك بالمعاملة عليه أن يحلف اليمين الشرعية على نفي السبب الذي يدعيه المدعي .

وأحسن التعاريف للمدعي والمنكر واجمعها ، هو ان المدعي من لو ترك ادعائه لا يطالب بشيء ، والمنكر هو الذي لو ترك لا يتركه الطرف الآخر ويبقى مسؤولاً تجاهه ، وعليه فيكون المدعي لوجود العيب هو المسؤول عن البينة ، لأنه لو ترك لا يطالبه الطرف الآخر بشيء ، والطرف الثاني هو المنكر ، لأنه لو ترك الخصومة لا يتركه الطرف الاول ولا يجديه انكاره إلا إذا عجز المدعي عن تقديم البينة ، وعليه في هذه الحالة أن يحلف اليمين الشرعية في مجلس القاضي الجامع لشروط القضاء .

والظاهر ان هذا الخيار متفق عليه بين فقهاء المذاهب الاربعة ولا خلاف بينهم في أصل وجوده ، كما وان الخلاف بينهم في تحديد العيب لا يتخطى الخلاف الواقع بين الجعفريين فيه .

قال الدكتور محمد يوسف : هذا النوع من الخيار الثابت بشرط المتعاقدين

دلالة على ان سلامة موضوع العقد مطلوبة للعاقد وان لم ينص عليها صراحة، فصارت لذلك كأنها مشروطة، ومن ثم شرع هذا الخيار الذي يوجب للمشتري في عقد البيع رد المبيع إذا وجد فيه عيباً له خطره ولا يتسامح فيه عادة.

والشروط التي نقلناها عن الجعفريين بالنسبة لهذا الخيار متفق عليها بين فقهاء السنة، كما وان الاسباب التي تمنع من ود المبيع بالعيب عند الجعفريين بعينها تمنع من رده في فقه السنة، وقد عددوا منها رضا المشتري بالمبيع المعيب بعد علمه به، واسقاط الخيار، وهلاك المبيع في يد المشتري، وحدوث عيب فيه وتصرفه فيه تصرفاً مخرجاً له عن ملكه، وزيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة غير متولدة على حد تعبيرهم (١).

ومهما كان الحال فاذا اجتمعت الشروط التي لا بد منها في هذا الخيار يثبت للمشتري الخيار بين فسخ العقد والالتزام به بتمام الثمن، وليس له المطالبة باسترجاع شيء من الثمن لو اختار الالتزام بالعقد من غير فرق بين أصناف المبيع وأنواع العيوب، لأن مرجع العيب إلى فوات وصف المبيع، والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

وقال المالكية إذا كان المبيع عقاراً او كان العيب كبيراً تخير المشتري بين

---

١ - والمراد من الزيادة المتصلة هي ما لو قطع المشتري الثوب أو خاطه او صبغه او خبز الدقيق او اضاف له شيئا من الحلوى ونحو ذلك من الزيادات والمنفصلة المتولدة كالولد والثمرة وغير ذلك، وتعذر الرد عندهم في مثل ذلك ليس بسبب من المشتري، بل بسبب شرعي، ذلك لانه بالنسبة الى الزيادة المتصلة لا يمكن الفسخ بدون الزيادة، ولا يمكن ان يكون معها لانه انما يرد على محل العقد والزيادة لم تدخل في محل العقد، ولا يمكن تركها للبائع للزوم الربا والزيادة المنفصلة تمنع من الرد لسبب شرعي وهو لزوم الربا سواء تركها لنفسه او للبائع.

الفسخ والالتزام بالعقد ، وليس له المطالبة بشيء من الثمن ، وإن كان يسيراً يتعين على البائع ان يدفع له ما يقابل العيب، وليس للمشتري الفسخ في هذه الحالة(١)

وعندما يسقط الخيار لسبب من الاسباب التي ذكرناها ، فإن كان السبب من فعل المشتري كما لو تصرف في العين المعيبة تصرفاً متلفاً أو مغيراً لهيئتها ونحو ذلك فليس له ان يرجع على البائع بشيء من الثمن ، وان كان بسبب البائع أو بآفة سماوية ونحو ذلك ، فله أن يرجع على البائع بمقدار من الثمن في مقابل النقص الموجود في المبيع .

وقال المالكية ايضاً إذا باع او رهن أو أجر ونحو ذلك من التصرفات ، فان كان ذلك منه قبل العلم بالعيب لا يسقط خياره، بل يبقى موقوفاً فان عادت العين لملكه ثانية ، ولو بسبب ارجاع المشتري الثاني لها بفسخ ونحوه ، تعود الحياة إلى خيار المشتري الاول وله ان يفسخ العقد ويردها إلى البائع ، ولو دخلها خلال هذه المدة عيب جديد وهي في ملكه وأراد أن يردها عليه مع هذا العيب ، فعليه أن يرد على البائع الاول ارش العيب الجديد. أما إذا تصرف بهذا النوع من التصرفات ونحوه بعد العلم بالعيب يسقط خياره ولا يرجع على البائع الاول بشيء .

ويدعي الحنابلة ان جميع التصرفات المملكة توجب سقوط الخيار سواء كانت قبل العلم بالعيب ام بعده ، نعم إذا وقعت منه قبل العلم بالعيب له أن يرجع على البائع بجزء من الثمن في مقابل العيب (٢) .

والرأي الفقهي المشهور بين فقهاء الجعفريين : ان التصرف الواقع بعد العلم بالعيب إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع كما هو عليه يوجب سقوط الخيار، وإذا وقع من المشتري قبل العلم بالعيب ، وكان مغيراً للعين بزيادة او نقيصة ، او كان ناقلاً

١ ـ انظر بداية المجتهد لابن رشد .

٢ ـ انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٨٢ .

لها عن ملكه بأحد النواقل اللازمة او الجائزة ، او نحو ذلك مما يمنع من ارجاع المبيع للبائع هذه التصرفات توجب سقوط الخيار بمعنى انها تمنع من فسخ العقد وارجاع المبيع إلى مالكه الأول ، ويبقى للمشتري مع ذلك الحق في الرجوع عليه بالتفاوت بين الصحيح والمعيب .

والمبدأ العام المتبع في ذلك : ان المبيع إذا كان قائماً بعينه ، فللمشتري الحق في فسخ العقد وابقائه مع الرجوع على البائع بالتفاوت ، وان لم يكن قائماً بعينه يسقط حقه في الفسخ وارجاع المبيع ، وله ان يرجع على البائع بالتفاوث (٢) .

وقد ذكرنا ان بين فقهاء الجعفريين من يدعي ان التصرف بهذا النحو من التصرفات بعد العلم بالعيب مسقط للخيار بكلا طرفيه الرد والارس .

٢ ـ وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على رواية جميل بن دراج عن الامـام الصادق (ع) وجاء فيها : ان كان المبيع قائما بعينه رده على صاحبه واسترجع الثمن ، وان كان قد قطع او خيط او صبغ رجع عليه بنقصان العيب لاغير .

الفصل الخامس

في الشروط

٤٨

لقد تعرض الفقهاء لأحكام الشروط من حيث وجوب الوفاء بها وعدمه ، ومن حيث ان أحد المتعاقدين إذا التزم بالشرط وتمنع عن تنفيذه هل يوجب ذلك خللا في العقد الذي هو عبارة عن محل الشرط أم لا ؟ وقد ذكرنا في خلال المباحث السابقة ان الشروط التي يجب الوفاء بها هي عبارة عن الالتزامات التي يرتبط بها المتعاقدان في عقد من العقود ، اما الشروط الإبتدائية على حد تعبير الفقهاء وهي التي لا ترتبط بالعقود ، هذا النوع من الشروط لا يجب الوفاء به باجماع الفقهاء، ولو افترضنا ان الأدلة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط تشمل بعمومها هـــذا النوع من الشروط ، لو افترضنا ذلك يكون الاجماع مخصصاً لتلك العمومات ، ونتيجة تخصيصها بالاجماع الإقتصار على خصوص الشروط التي يلتزم بها المتعاقدان في العقود اللازمة ، هذا بالإضافة إلى ان الشروط الابتدائية التي لا ترتبط في عقد من العقود خـارجة موضوعاً عن تلك العمومات .

ومهما كان الحال فالشروط التي يجب الوفاء بها لا بد وان تتوفر بهـا الأمور التالية :

الأول : ان يكون مقدوراً للمتعاقدين او لأحدهما بنحو يكون المشروط

عليه متمكناً من ايجاد المشروط اما ابتداء وبلا واسطة كما لو اشترط عليه ان يبيعه او يهبه شيئاً ونحو ذلك من الأفعال المقدورة مباشرة ، واما ان يكون مقدوراً له بالتسبيب كما لو اشترط عليـــه ان يملكه شيئاً ، فإن التمليك مقدور للمشروط عليه بالقدرة على أسبابه كالهبة والبيع ونحو ذلك من موجبات التمليك ، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط عليه ان يكون العبد كاتباً والدابة حاملاً وغير ذلك مما يرجع إلى اشتراط صفة خاصة في المبيع لأن تسليم المبيع المتصف بهذه الصفات مقدور لمن الزم نفسه بهذا الشرط .

أما إذا لم يكن متمكناً منه، كما لو اشترى الزرع بشرط ان يجعله سنبلاً، والغنم بشرط ان تكون ولوداً ونحو ذلك مما لا يدخل تحت سلطنته سواء كان المشروط صفة او عملاً خارجياً كما لو اشترط عليه ان يطير في الفضاء فـلا يصح الشرط في مثل ذلك لكونه خارج عن امكانيات المخلوق ، وقال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : ومن افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط ، كما لو اشترط في العقد ان تكون فلانة زوجة له وان تكون امرأته مطلقة وان يكون البستان ملكاً له ونحو ذلك بنحو لا يرجع هذا الشرط الى اشتراط ايجاد السبب ، وذلك لأن الزوجية والطلاق والتمليك والحرية وغير ذلك ممـــا يرجع إلى شرط النتيجة أي المسببات لا يدخل في مقدور الانسان إلا بالاسباب الشرعيـــة التي اعتبرها الشارع اسباباً لهذه الامور ، لذا فان اشتراطهـا لا يصح إلا إذا رجع الشرط إلى إيجادها بالاسباب المتعارفة .

الثاني : ان يكون المشروط مباحاً بنظر الشرع ، فلو اشترط احد المتعاقدين على الآخر ان يقامر او يشرب الخمر ، او باعه العنب واشترط عليه ان يصنعه خمراً لا يصح الشرط ولا يجب الوفاء به كما جاء في النص المروي عن الرسول (ص) . المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً وحرّم حلالاً .

بالاضافة الى غيره من النصوص الكثيرة التي تؤكد اعتبار هذا الشرط .

على ان الممنوع عنه شرعا يصبح بسبب المنع عنه خارجا عن سلطة المكلف من ناحية التشريع فلا يكون مقدوراً للمشروط عليه ، وقد ذكرنا ان القدرة التي لا بد منها في التكاليف تعم الشرعية والعقلية ،ولذا فان بعض الفقهاء لم يعتبر اباحة المشروط شرطا مستقلا في مقابل الشرط الأول وعدا الممنوع منه شرعا من امثلة غير المقدور (١)

الثالث من الشروط ان لا يكون المشروط مخالفا للكتاب والسنة كما جاء في بعض المرويات عن الرسول والأئمة (ع) قال (ص) : ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فما كان من شرط اليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله احق وشرطه اوثق .

وفي بعض المرويات عن على (ع) انه قال : من شرط لإمرأته شرطاً فليف لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالا اواحل حراماً .

وروى محمد بن قيس عن الإمام محمد الباقر (ع) انه قال : من تزوج امرأة واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق فقد خالفت السنة ووليت حقا ليست اهلاً له ، وعليه الصداق وبيده الجماع والطلاق .

ومن امثلة الشرط المخالف للكتاب والسنة ، ما لو اشترط احد المتعاقدين في العقد ان يكون الاجنبي وارثا له ، واشترط ان يكون وارثه محروماً من الميراث وان يكون الانسان الحر عبداً مملوكاً ، وان تكون زوجته مطلقة لو تزوج عليها ونحو ذلك من الأمثلة المخالفة لكتاب الله وسنة رسوله (ص) .

والضابط الكلي الذي يمكن الرجوع في تميز المخالف للكتاب والسنة عن غيره،

---

١ ـ انظر منية الطالب في شرح المكاسب ص ١٠٣ .

ان المشروط اما ان يكون من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع للانسان وترك له حرية التصرف بها كالخيارات ، وحق الشفعة ، وحق التصرف في أمواله بالهبة والبيع والشراء ونحو ذلك ، واما ان يكون من الأحكام كما لو اشترط ترك واجب او فعل حرام او مكروه او ترك أمر مرغوب فيه بنظر الشارع ، وقد يكون المشروط من الأمور التي جعلها الشارع ولم يترك للانسان الحق في التصرف فيها ، مثل كون الولاء لمن اعتق وولد الحر حر ، والطلاق بيد الزوج وأمثال ذلك مما وضعه الشارع ولم يجعل له حرية التصرف فيه كما يشاء .

فما كان من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع وترك للانسان الحرية في التصرف والاختيار هذا النوع من المجعولات الشرعية لا اشكال بصحة الشروط بالنسبة اليها ووجوب تنفيذها ، إلا إذا نص الشارع على المنع عن بعض التصرفات وحده من صلاحية الانسان بالنسبة اليها ، كما بالنسبة لبيع العنب للتخمير ، وبيع السلاح لقتال المسلمين ونحو ذلك مما يستعمل لغاية محرمة ، فاشتراط أمر من هذا النوع يخالف الكتاب والسنة من حيث وجود النص الناهي عن مثل هذه التصرفات ، ولولا ذلك لقلنا بصحة هذه التصرفات بمقتضى الأدلة القاضية بجواز تصرف المالك في ملكه بكل نحو من أنحاء التصرف .

وما كان من الشروط متعلقاً بترك واجب او فعل محرم ، يكون باطلاً من حيث مخالفته للكتاب والسنة القاضيين بالتحريم او الوجوب لأن ادلة التحريم والوجوب باطلاقها شاملة لصورة اشتراط ترك الواجب وفعل الحرام، وادلة الشروط لا تصلح لإلغاء الأحكام الثابتة لتلك الإفعال ، لأنها متجهة الى ما هو مشروع بذاته ، فلا بد من احراز موضوعها في المرتبة الأولى ، هذا بالنسبة الى الافعال المحكومة بالوجوب او التحريم، اما اذا كان الشرط متعلقاً بترك المباح او فعله ، فالالتزام بالفعل او الترك الناتج من الشرط لا يخالف الكتاب ولا السنة ، لأن وجوب الفعل او حرمته بالعرض لا يتنافى مع اباحته الذاتية .

وقد أشكل في منية الطالب على اشتراط ترك المباح او فعله بما حاصله ان الالتزام بترك المباح يلزمه ان يكون المباح محرماً ، كما وان الالتزام بفعله يلزمه ان يكون واجباً ، فيكون الشرط محرماً للحلال ، فيما لو اشترط عليه الترك ، وملزماً بالمباح فيما لو اشترط عليه الفعل فتحصل المخالفة للكتاب والسنة .

وأجاب عن ذلك بأن اشتراط الفعل او الترك إذا كان راجعاً إلى الالتزام بفعله دائماً وأبداً او بتركه مطلقاً وفي جميع الحالات ، فلا يبعد ان يكون هذا النوع من الاشتراط مخالفاً للكتاب والسنة ومحرماً للحلال .

وجاء في بعض النصوص ما يؤكد حرمة الحلف على ترك العصير المباح دائماً ، وبهذه المناسبة قال الإمام (ع) : « ليس لك ان تحرم ما أحله الله لك » . وان كان الالتزام بترك المباح راجعاً إلى ترك مصداق منه او ترك طبيعته ولكن في جزء من الزمن ، فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ، لأن ترك المباح في جزء من الزمن ليس تحريماً للمباح ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الإلتزام بترك فرد منه أو فعل فرد منه .

ومجمل القول انه إذا كان موضوع الشرط مصداقاً من المباح ، او نوعاً منه في برهة الزمان لا يكون الشرط محرماً للحلال ولا مخالفاً للكتاب والسنة ، وان كان متعلقاً بنوع المباح مطلقاً وفي جميع الأزمنة والحالات ، كما لو اشترط البائع على المشتري في العقد ان لا يتزوج او اشترط عليه ان لا يشرب العصير ، هذا الشرط يتنافى مع الاباحة المطلقة ويخالف الكتاب والسنة ، بدليل قول الإمام عليه السلام : « ليس لك ان تحرم ما أحله الله لك » .

هذا كله فيما لو تبين حال الفعل موضوع الشرط من حيث انطباق أحد العناوين المتقدمة عليه ، ومع التردد في ذلك فلو تعلق به الشرط وحصل لنا التردد في صحته وعدمها فقد رجح الشيخ مرتضى في مكاسبه الرجوع إلى استصحاب

عدم المخالفة للكتاب والسنة بنحو يكون المستصحب العـــدم السابق لوجود الموضوع ، والاستصحاب بهذا المعنى مرجعه إلى استصحاب العدم الأزلي المعروف عند الأصوليين الجعفريين .

وهذا النوع من الاستصحاب قوبل بهجوم عنيف من جانب فريق مـــن الأصوليين من حيث ان التعبد بالبناء على بقاء المشكوك إلى الزمن المتأخر إنمـــا يصح باعتبار الآثار الشرعية المترتبة على المستصحب ، والعدم الأزلي السابق على وجود الموضوع لم يكن موضوعاً لأي أثر من الآثار الشرعية ، وموضوع الاثر الشرعي في المقام هو العدم النعتي على حد تعبير الاصوليين ، أي العدم العارض على الموضوع ، والشرط بهذا المعنى ليس مسبوقاً بالعدم ، لانه اما ان يوجد مخالفاً للكتاب والسنة او غير مخالف لهما .

نعم لو وجد الشرط في زمان غير مخالف للكتاب والسنة ، وحصل لنا التردد في مخالفته لهما في الزمن المتأخر ، فاستصحاب عدم المخالفة للكتاب والسنة هـــو المتعين في ذلك لان المستصحب مسبوق بالعدم .

ومجمل القول ان العدم السابق على وجود الموضوع ليس موضوعـــاً للأثر الشرعي ، والعدم بلحاظ كونه وصفاً للموضوع ليس له حالة سابقة ، لانه اما ان يوجد مخالفاً للكتاب والسنة او غير لمخالف لها ، وعليه فالمتعين في مقام التردد في مخالفة الشرط للكتاب وعدمها الرجوع إلى اصالة عدم كون المشروط عليه ملزماً بالشرط (١) .

الشرط الرابع ان لا يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد ، وتفصيل ذلك ان الآثار المترتبة على العقد، منها ما يقتضيها العقد بذاته بنحو يكون تجريد العقد عن ذلك الأثر مستلزماً لتجريد العقد عن مدلوله والغـــاء العقد من أساسه كما لو باع

---

١ ـ انظر منية الطالب ص ١٠٦ و ١١١ .

المالك واشترط على المشتري ان لا يملك ، او ان لا يتصرف في المبيع بأي نحو من أنحاء التصرفات والانتفاعات .

ومنها ما يقتضية العقد بإطلاقه وعدم تقييده بما يدل على تجريده منها كالتسليم والتسلم ، وكون الثمن نقداً ، وكونه بالنقد الغالب في البلد الذي تم فيه العقد ونحو ذلك من الآثار .

ومنهـــا ما يكون من نوع الأحكام المجعولة للمتعاقدين او أحدهما كخيار الحيوان وخياري المجلس والرؤية وغير ذلك من الخيارات الثابتة بالجعل الشرعي في الموارد المختلفة .

فما كان من النوع الأول مما يقتضيه العقد من حيث ذاته ، والتي ترجع إلى المدلول المطابقي للعقد ، هذه المقتضيات إذا اشترط أحد المتعاقدين عدمهـــا في العقد ، يكون الشرط منافياً ومناقضاً للمدلول المطابقي من العقد ، ولازم ذلك اما بطلان العقد والشرط معاً ، واما بطلان الشرط وحده ، لأن العقد مقصود أولاً بالذات والشرط تابع له ، ولو بنينا على صحة هذا النوع من الشروط يلزم تجريد العقد عن أبرز خواصه وآثاره والغـــاء المعاملة في بعض الفروض ، كما لو اشترط عليه ان لا يملك او لا يتصرف في المبيع بكل نوع من أنواع التصرفات .

وما كان منها ثابتاً للعقد من حيث اطلاقه وعدم تقييده بخلافها كالآثار الثابتة للعقد من حيث ان العرف العام او الجعل الشرعي قد اعتبر تلك الآثار مترتبـة على العقد ومن مقتضياته ، فالشرط المخالف للعقد من هذه الناحية لا يتنافى مع المدلول المطابقي للعقد ، ولا يلزم منه تجريد العقد عن آثاره ، ذلك لأن تلك الآثار إنما كانت ثابتة للعقد من حيث عدم تقييده بما يخالفها ، فاذا ارتفع الاطلاق بسبب الشرط لا يبقى موضوع لتلك الآثار والمقتضيـــات ، وليس في النصوص الفقهية ما يشير إلى الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، وإنما الخـلاف الواقع بينهم فيما

يتعلق بهذا الشرط يرجع إلى تشخيص تلك الآثار وانها من أي النوعين هي، وعلى أساس ذلك يحكم بعضهم بصحة بعض الشروط بحجة انها لا تخالف مقتضى العقد، ويحكم آخرون بفسادهما بعينها لأنها مخالفة لمقتضاه، وقد أورد الشيخ الانصاري في مكاسبه الأمثلة التالية من الشروط التي اختلف الفقها في صحتها :

الاول: لو اشترط البائع على المشتري ان لا يبيع المبيع، ونص على ان المشهور بين الفقهاء فساد هذا الشرط لأنه مخالف لمقتضى العقد.

لو اشترط المعير على المستعير والمؤجر على المستأجر ضمان العارية والعين المستأجرة، وقد نص على ان المشهور بين الفقهاء صحة الشرط بالنسبة إلى العارية وفساده في الإجارة وحجتهم في ذلك ان عقد الإجارة يقتضي عدم الضمان فيها، فاشتراط عدمه يكون منافياً لمقتضى العقد، وعقد العارية يقتضي عدم الضمان بمقتضى اطلاقه فاشتراط الضمان فيها لا يتنافى إلا مع اطلاق عقد العارية، وفي مقابل ذلك رجح جماعة صحة الشرط في الموضعين، لأن العقد من حيث ذاته وبالنظر إلى مدلوله المطابقي لا يقتضي الضمان ولا عدمه، وعدم الضمان فيهما مستفاد من اطلاق عقديهما وعدم تقييده بما يوجب الضمان.

لو اشترطت الزوجة على الزوج أن يسكنها في بلدها، فقد نص جماعة على فساد هذا الشرط ومنهم فخر الدين في الايضاح (١) واحتج لذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على زوجته في الاستمتاع والاسكان وغيرهما مما يرجع إلى شؤون الزوجية.

لو اشترط أحد الزوجين في العقد المنقطع التوارث بينهما، فقد أبطله جماعة

---

١ ـ احد فقهاء الشيعة في القرن الثامن ويعرف بفخر المحققين وهو محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، وكان والده العلامة يعظمه ويثني عليه، وقد امره باتمام ما بقي ناقصا من كتبه، والمعروف عنه انه بلغ مرتبة الاجتهاد قبل ان يصل الى سن البلوغ توفي سنة ٧٧١ هجرية.

لأنه مخالف لمقتضي العقد، وأجازه اخرون لأن المقتضى لعدم التوارث هو اطلاق العقد وعدم تقييده بما يخالف هذا الإطلاق ، إلى غير ذلك من الامثلة التي أوردها الشيخ في مكاسبه كشاهد على اختلاف الفقهاء في تشخيص مقتضيات العقود وتمييزها عن مقتضيات اطلاقها ، ويمكن التفرقة بينهما بالاضافة إلى ما ذكرناه اولا بالتقريب التالي :

وهو ان مقتضيات العقود تارة تكون مقصودة للمتعاقدين اولا و بالذات بنحو يدل عليها العقد مطابقة كتمليك الاعيان في عقد البيع والمنافع في عقد الإجارة ، والاستمتاع في عقد الزواج ونحو ذلك ، وأخرى تكون من مداليل العقد التزاماً مثل كون الثمن بنقد البلد ، و كون المبيع سالماً من العيوب ووجوب التسليم والتسلم والتعجيل في الثمن إلى غير ذلك مما يقتضيه العقد بواسطة الظروف والملابسات التي تحيط المتعاقدين وتقترن بالعقد الواقع بينهما ، فان كان مرجع الشرط إلى عدم حصول المبادلة بين المالين، او إلى عدم التمليك في المعاوضات المفيدة للملك ، يكون الشرط مناقضاً لمدلول العقد ، وذلك كما لو اشترط عدم الثمن في عقد البيع وعدم الاجرة في عقد الاجارة لأن حقيقة البيع المبادلة بين المالين ، وحقيقة الاجارة هي تمليك المنفعة بالمال فتجريد البيع والاجارة عن هذا المعنى يرجع في واقع الامر إلى المناقضة بين مدلول العقد والشرط .

ومن ذلك ما لو كان مفاد الشرط سلب جميع الآثار المترتبة على العقد ، لان تجريد العقد عن جميع آثاره يؤدي بالنتيجة إلى ان العقد لغو لم يصدر من العاقد بقصد الانشاء والمبادلة بين العوضين .

وان كان الشرط متعلقاً ببعض الآثار والمقتضيات الخارجية عن مدلول العقد، كما لو اشترط عليه ان لا يبيع المبيع ، او اشترط عليه ان يوقفه او يهبه ، أو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يطئها ، أو اشترط البائع نقداً خاصاً غير النقد الشائع في البلد ونحو ذلك . هذا النوع من الشروط التي يقتضيها العقد باطلاقه لا يلزم منها الغاء العقد ولا تجريده عن الآثار المقصودة منه ، فان العقد انما كان

مقتضياً لهذه الامور بواسطة اطلاقه وعدم تقييده بما يخالفها ، فاذا جـــاء الشرط يرتفع الاطلاق المنتج لهذه الآثار ونحوها .

وفيما يختص بالآثار الشرعية الثابتة للمعقود عليه من حيث كونه ملكاً للعاقد كالسلطنة التي أقرها الشارع بالنسبة للمالك ونحوها، هذا النوع من الآثار ليس من مقتضيات العقود وانما هو آثار ملكية الانسان للمال من أي ناحية حصل التملك ، فلو اشترط البائع على المشتري ان لا تكون له السلطنة على المبيع ، لا يصح منه هذا الشرط لا من جهة انه مخالف لمقتضى العقد ، بل لأنه مخـــالف للنصوص التي أثبتت له السلطنة من الكتاب والسنة ، هذا إذا رجع الشرط إلى تجريد المـالك عن سلطنته على ملكه من جميع الجهات ، وان كان مفاده تحديد سلطنة المـالك وقصرها على بعض التصرفات ، كما لو اشترط عليه ان لا يبيع المال الذي تعاقدا عليه ، وان لا يهبه إلى أحد ونحو ذلك ، هذا النوع من الشروط لا يخالف مقتضى العقد ولا نصوص الكتاب والسنة ، لانه لا يسلب المالك السلطنة المطلقة الثابتة له ، بل يصرفها إلى ناحية خاصة من انحاء التصرف .

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ما لو اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها في محل معين،لأن عقد الزواج لا يقتضي اكثر من استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وتسلط الزوج على اسكان زوجته في أي محل أراد من الحقوق المجعولة له ، فاذا اشترطت عليه في العقد والتزم بهذا الشرط ، يكون التزامه به اسقاطاً لهذا الحق الذي جعله له الشارع . أما الآثار الشرعية المترتبة على العقد كالخيارات المجعولة من قبل الشارع للعاقدين او لأحدهما ، فلو اشترط احدهما على الآخر ان لا يكون له الخيار في فسخ العقد ، يصح منه هذا الشرط ، لانه يرجع إلى اسقاط حقه من الخيار الثابت له بالجعل الشرعي . نعم لو كان الشرط راجعاً إلى عدم ثبوت هذا الحق للمتعاقدين لا يصح منهما لانه مخالف للنصوص الدالة على ثبوته .

وقد عد الفقهاء من فروع هذه المسألة ما لو اشترط المؤجر على المستأجر والمعير

على المستعير ضمان العين المستعارة والمستأجرة ، ونص اكثر الفقهاء على فساد هذا الشرط في عقد الاجارة وصحته في العارية بحجة ان اشتراط الضمان في عقد الاجارة مخالف لمقتضى العقد وفي العارية مخالف لاطلاقه .

ورجح فريق منهم صحته في المقامين فيما لو كانت الاجارة على العمل فاذا تعلقت بالاعيان لاستغلال منفعتها لا يصح اشتراط الضمان فيها ، لان عقد الاجارة يدل بالالتزام على وجوب تسليم العين إلى المستأجر لاستيفاء منفعتها باعتبار انها من الامور التدريجية التي لا يمكن استيفائها إلا خلال مدة من الزمن ، كما لو استأجر الدار للسكن والسيارة لقطع مسافة معينة عليها ونحو ذلك ، وإذا كان العقد مقتضياً لتسليمها إلى المستأجر تكون في يده أمانة بإذن مالكها ، فاشتراط الضمان فيها يتنافى مع المدلول الالتزمي للعقد الذي هو عبارة عن استيلاء المستأجر عليها إلى أن يستوفي منفعته كاملة غير منقوصة .

وهذا بخلاف الاجارة على الاعمال ، فان عقد الاجارة في هذه الحالة لا يفرض على المؤجر تسليم العين إلى الاجير لان المطلوب هو العمل لا غير ومن الممكن الاتيان بالعمل وهي في يد الملك فاذا استلمه الاجير يكون استلامه بمحض إرادة المالك واختياره لا من حيث انه مدفوع على ذلك من قبل العقد كما هو الحال في الصورة الاولى (١) .

ومهما كان الحال بعد أن بينا الفرق بين مقتضيات العقود ومقتضيات اطلاقها أصبح من السهل اليسير التوصل إلى الحلول المناسبة لكل فرض من الفروض الفقهية التي ذكرها الفقهاء ، والتي يمكن افتراضها في المقام .

ولا بد لنا بعد ان عرضنا هذه المرحلة من المراحل التي تتوقف عليها صحة

---

١ ـ انظر منية الطالب للخونساري ص ١١٥ و ١١٦ .

الشروط من الاشارة إلى الامور التالية :

الأول : ان الشرط تارة يتعلق بصفة من صفات المبيع ، وأخرى يتعلق بفعل من الافعال ، كما لو اشترط البائع على المشتري ان يبني مسجداً ، أو يهب شيئاً من أمواله إلى الفقراء ونحو ذلك ، وثالثة يكون المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على الاسباب الشرعية ، كما لو اشترط عليه ان تكون داره ملكاً للفقراء ، وان يكون عبده حراً وزوجته طالقاً وأمثال ذلك من النتائج التي لا تحصل إلا بأسبابها ، فان كان متعلق الشرط صفة من صفات المبيع كما لو اشترط المشتري أن يكون الشجر مثمراً وأن تكون الدار على شكل من الاشكال الهندسية المعينة ، فلو تبين ان المبيع فاقد للصفة التي التزمها البائع للمشتري ، يثبت له الخيار في فسخ العقد كما ذكرنا سابقاً ، ولا يجب على البائع ايجاد تلك الصفة ، لأن الشرط لم يتعلق بايجاد تلك الصفة ، وانما المطلوب بالشرط هو المبيع المتصف بها .

وان كان الشرط متعلقاً بفعل من أفعال المشتري او البائع ، فالمشهور بين الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ الانصاري في مكاسبه ، ان المشروط عليه ملزم بالاتيان بالفعل الذي ألزم نفسه به في العقد ، كما ينص على ذلك قوله (ع) : من شرط لأمرأته شرطاً فليفِ لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً وأحلّ حراماً ، وجاء في بعض النصوص :

« المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله » ولازم ذلك ان عدم الوفاء بالشرط معصية لله سبحانه .

أما إذا كان المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على أسبابها بالجعل الشرعي كالامثلة التي ذكرناها فلا يبعد بطلان هذا النوع من الشروط ، لأن تلك النتائج والمسببات قد جعل الشارع لكل واحد منها سبباً مولوداً ولو بالجعل التشريعي ، فاشتراط وجودها بدون الاسباب المولودة لها مخالف للكتاب والسنة،

نعم بالنسبة إلى النتائج التي لم ترتبط بأسباب معينة ، بل تحصل بكل فعل أو قول مهما كان نوعه اذا اشترطها أحد المتعاقدين يصح الشرط ويجب الوفاء به كغيره من الشروط المتعلقة بالافعال .

قال الشيخ ورتضى الانصاري في مكاسبه : فالاقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها بأسباب خاصة ، كما يصح نذر مثل هذه الغايات ، بأن ينذر كون المال صدقة ، وكون هذا المال لزيد ونحو ذلك (١) .

الثاني : ان الملتزم بالشرط لو امتنع عن الوفاء به ، هل يجبر على الوفاء به وتنفيذه ام لا يجبر على ذلك ؟ الذي رجحه جماعة من الفقهاء . ان الممتنع عن تنفيذ التزاماته للحاكم ولغيره إجباره على الوفاء بشرطه ، لأن المشروط بعد أن التزم به أحد العاقدين أصبح حقاً للطرف الآخر ، ولصاحب الحق أن يتوصل الى تحصيل حقه بأي طريق كان ولو عن طريق القوة (٢) .

الثالث : لو لم يفي المشروط عليه ، إما لأن الشرط متعذر في نفسه ، وإما عصياناً منه ، فليس للطرف الآخر حق في المطالبة بالتفاوت بين العقد على العين مجردة عن الشرط ، وبين العقد عليها مع الشرط ، حتى ولو كان للشرط أثر في زيادة الثمن ، ذلك لأن المعاوضة انما هي بين المالين بنظر العرف والشرع ، والثمن ليس موزعاً على اجزاء المبيع فضلاً عن الشروط والصفات وبقية الالتزامات ، وفصّل العلامة في التذكرة بين ما لو كان الشرط عملاً يقابل بالمال ، وبين ما إذا لم يكن من الاعمال او كان منها ولكنه لا يقابل بالمال ، ففي الصورة الأولى يثبت للطرف الثاني الخيار بين الفسخ وبين الالتزام بالعقد والمطالبة بعوض العمل المشروط على البائع مثلاً أو المشتري .

---

١ ـ انظر المكاسب احكام الشرط الصحيح

٢ ـ وفصل بعض الفقهاء بين ما كان حقا لله سبحانه وبين غيره ، فما كان لله يجبر على تنفيذه وما كان لغير الله لا يجبر عليه .

قال في التذكرة : لو شرط على البائع عمــلًا سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به او بعوضه ان فات وقته وكان مما يتقوم ، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فأتاه به غير مصبوغ ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضــاء مجاناً (١) .

ويبدو من النصوص الفقهية ان الشرط إذا كان في واقعه راجعاً إلى تحديد أجزاء المبيع ، كما لو باع الارض بشرط كونها عشرة آلاف متراً، او باع الثوب بشرط كونه كذا ذراعاً،والصبرة بشرط كونها عشرين صاعاً ونحو ذلك ففي مثل ذلك يكون المشتري مخيراً بين الالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت ، وبين فسخ العقد واسترجاع الثمن بكامله وهذا من غير فرق بين ان تكون اجزاء المبيع متساوية أو متفاوتة (٢) وهذا الرأي يؤيده العرف ، ويساعد عليه الذوق الفقهي، وتؤكده بعض المرويات عن الائمة (ع) في هذه المسألة كما جــاء في رواية ابن حنظلة . قال سألته عن رجل باع أرضاً على انها عشرة اجربة ، واشتراها المشتري بحدودها ونقد الثمن وافترقا ، فلما مسح الارض فـإذا هي خمسة اجربة ، قـال الإمام (ع) ان شاء استرجع فضل ماله وأخذ الارض وان شاء رد المبيع وأخذ المال كله ، إلا أن يكون له إلى جانب تلك الارض ارضون فليوفه منهــا ، ويكون البيع لازماً ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع ، فإن شاء المشتري أخذ الارض واسترجع فضل ماله وان شاء رد الارض وأخذ المال كله .

---

١ ـ ما ذكره العلامة في التذكرة انما يصح لو كان مؤدى الشرط وقوع المعاوضة على الثوب المصبوغ بنحو يكون المعقود عليه هو الثوب المصبوغ ، فيكون المبيع في هذه الحالة هو الثوب والصبغ والثمن في مقابلهما ، ولكن اشتراط الصبغ لا يؤدي هذا المعنى ،فـان الشروط ليست من اجزاء المبيع ، ولايقابلهـا شيء من الثمن .

٢ ـ وفي مقابل هذا الرأي رجح جماعة من الفقهاء عدم مقابلة الشروط بشيء من الثمن مهما كان نوع الشرط ، والمبيع في الامثلة المذكورة ونظائرها هو الموجود الخارجي واشتراط كونه كذا وكذا ذراعا او مساحة يرجع الى توصيفه بهذه الصفة ، فلو تبين عدم حصول الشرط يكون المبيع فاقدا لصفة من الصفات المطلوبة للمشتري، وتخلف الصفات لا يوجب اكثر من الخيار للمشتري واعطــاءه الحق في فسخ العقد .

وقد طال الفقهاء الحديث عن احكام الشروط والنتائج الفقهية المترتبة عليها ، ونحن كما ذكرنا أكثر من مرة لا يعنينا ان نستوعب جميع ما ذكروه بعد أن أشرنا إلى القواعد العامة وأصول المسائل التي منها ينطلق البـــاحث إلى الفروع والنتائج المترتبة عليها .

وقد حدد الفقهاء نوعية الشرط المبحوث عنه في باب العقود من ناحية وجوب تنفيذه وعدمه ، فنصوا على ان الشروط الابتدائية التي لا ترتبط بعقد من العقود لا يجب تنفيذها، ويبدو من النصوص الفقهية ان الفقهاء بين من يرى ان هذا النوع من الاتفاقات خارج عن عنوان الشروط موضوعاً ، بمعنى انه ليس فرداً لقوله (ص) المسلمون عند شروطهم (١) وبين من يتوسع في مفهوم الشرط لكل اتفاق يحصل بين اثنين ، ولو لم يكونا في مقام التعامل والتعاقد ، ولكنهم مع ذلك يرون ان الاجماع الفقهي الحاصل من الفقهاء بالنسبة لهذه الاتفاقات ، هذا الاجماع يكون مخصصاً لتلك العمومات التي تفرض على كل انسان أن يفي للآخر بما التزم به ، وبنتيجة التخصيص لا تكون مشمولة لتلك العمومات .

ولو اتفق شخصان على أمر وتعاقدا بنحو كان العقد الواقع منهما مبنيـــاً على الإتفاق الواقع قبل العقد ، ولكنهما لم يتعرضا في العقـد لشيء مما اتفقا عليـه ، فالمشهور بين الفقهاء الحاق هذه الصورة بالصورة الاولى ، اما لأن هذا النوع مـن

---

١ ـ لان مفهوم الشرط يؤدي معنى الترابط والالتزام من الطرفين وتعليق امر على اخر، ولايتحقق هذا المعني الا اذا وقع الالتزام في عقد من العقود لازمة كانت او جائزة ، وجاء في المكاسب : ان المشروط عليه ان انشـا التزام الشرط على نفسه قبـل العقد كـان الزاما ابتداليا لا يجب الوفاء بـــه ، فلا تشمله ادلة العقود لعدم كونه جزءا منهـــا ولا ادلـة الشروط لانه ليس منها .

التباني ليس من الشروط ، فلا تشمله العمومات القاضية بوجوب تنفيذها ، واما لخروجها عن تلك العمومات حكماً بنحو التخصيص بواسطة الاجماع على عدم وجوب الوفاء بالشروط إذا يلتزم بها العاقدان في العقد صراحة (١) .

*
* *

١ ـ ورجح العلامة في المختلف والشيخ الطوسي في الخلاف وجوب الوفاء بهذا النوع من الاتفاق من حيث ان الرضا بالمعاملة مبني ومرتبط بالاتفاق الحاصل بين المتعاقدين قبلها ، فلو الغينا الاتفاق السابق يفقد العقد شرطا اساسيا من شروطه وهو الرضا وبدونه لا تصح المعاوضة كما تنص على ذلك الاية الكريمة .

٤٩

ومهما كان الحال فالخلاف الواقع بين فقهاء الإمامية في الشروط التي يجب على المتعاقدين التقيد بها وتنفيذها ، هذا الخلاف بعينه وبشكل أوسع واقع بين فقهاء المذاهب الاسلامية ، فهم بين من أعطى للمتعاقدين الحرية المطلقة ، وسوغ لهما ان يشترطا في العقد كل شرط على شريطة ان لا تقضي الأدلة الشرعية ببطلان ذلك الشرط ، عملاً بالمبدأ العام القاضي بإباحة كل شيء لم ينص الشارع على تحريمه .

وبين من وقف عند الشروط التي رخص الشارع بها ، ولم يجعل للانسان الحق في ان يشترط ما يريد ، ذلك لأن الأصل الاولي في كل شيء الحظر ، بمعنى ان كل شيء لم ينص الشارع على إباحته لا يجوز الإقدام عليه ، وأكثر الفقهاء عملاً بهذا المبدأ هم الظاهرية اتباع داود الظاهري ، واستدل الظاهرية على بطلان الشروط والعقود التي لم يرد من الشارع نص عليها بعينها بما روته عائشة عن الرسول(ص)انه قال : « من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد » .

وقال ابن حزم الظاهري : فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه ، إلا ما صح ان يكون عقداً جاء النص او الإجماع بإلزامه باسمه ، او بإباحة التزامه بعينه (١) .

---

١ ــ انظر الاحكام في اصول الاحكام ج/٥ ص ٣٢ .

واستدلوا أيضاً بما جاء عنه (ص) انه قال : ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وان كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق ، والولاء لمن أعتق .

وقد اعتمد الفريق الاول بالاضافة إلى اصالة الاباحة في الاشياء ، على الآيتين الكريمتين :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم » .

وقوله تعالى : اوفوا بالعقود وغيرهما من النصوص التي تدل على وجوب الوفاء بما التزمه الانسان من عقود وشروط وانتهوا من مجموع ذلك إلى النتيجة التالية : وهي ان صحة الشرط لا تتوقف على ان يكون الشرط منصوصاً عليه بعينه من الشارع ، بل يكفي عدم المنع عنه إذا لم يكن محرماً للحلال ، او محللاً للحرام .

هذان المبدأن ، مبدأ المنع عن كل شيء حتى يرد به الترخيص من الشارع ، ومبدأ الاباحة لجميع الاشياء حتى يرد المنع عنها ، يرتكز عليهما الخلاف بين الفقهاء في الشروط التي تقترن بالعقد .

على ان الاحناف قد اعتمدوا بالاضافة إلى اصالة الاباحة في الاشياء ، على العرف في تصحيح بعض الشروط ، واعتبروا تسالم العرف على شرط او عقد كالنص الشرعي عليه ، ورووا في ذلك عن النبي (ص) انه قال : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » . وقال شاعرهم :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

وادعوا ان العرف العام الذي لا يختص ببلد من البلدان يصح ان يعارض

أدلة الفقه ، إلا إذا كانت المسألة الفقهية ثابتة بنص صريح ، فإن العرف في هذه الحالة لا يقوى على مزاحمة ذلك النص .

وقد قسم الاحناف الشروط إلى ثلاثة ، صحيح وفاسد وباطل . فالصحيح هو الموافق لمقتضى العقد ، والمؤكد لمدلول العقد ، والمأذون به من قبل الشارع ، والذي استقر عليه عرف الناس ، ومن أمثلة الموافق لمقتضى العقد ، ما لو اشترط البائع على المشتري ان يسلمه الثمن قبل ان يتسلم المبيع .

ومن أمثلة المؤكد لمقتضى العقد ، ما لو اشترط البائع ان يأخذ رهناً على الثمن ، او يقدم له كفيلاً به إذا كان مؤجلاً .

ومن أمثلة المأذون به شرعاً ، ما لو اشترط الخيار للبائع او المشتري في مدة معينة من الزمن .

ومن امثلة ما استقر عليه عرف الناس ، ما لو اشترى ساعة او سيارة وشرط على البائع ان يتعاهدها خلال مدة من الزمن بالإصلاح ، فالشرط إذا اتصف بواحدة من هذه الصفات الاربعة يكون جزءاً من العقد ، ويجب تنفيذه لان المشروط له لم يرض بالمعاوضة بدونه .

والشرط الفاسد ، هو الفاقد لهذه الصفات ، ولكنه مع ذلك يكون مشتملاً على مصلحة لاحد المتعاقدين او لشخص آخر .

ومن أمثلته عندهم ما لو باع المالك داره واشترط على المشتري ان لا يخرج المستأجر منها ، او يشترط عليه ان يبقى هو بنفسه مدة من الزمن بها ، او تشترط الزوجة على الزوج ان تبقى في بيت أهلها ، او يشترط مالك الارض على المستأجر ان يؤجر قسماً من الارض لشخص آخر ، فهذه الامثلة ونظائرها من حيث انها ليست موافقة لمقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ، ولا مأذوناً بها من

شارع ، ولا هي متعارفة بين الناس هذه الامثلة من أمثلة الشرط الفاسد المفسد للعقد ، لان كلا من المتعاقدين قد رضي بالعقد مع الشرط ، فاذا كان الشرط فاسداً أصبح العقد المجرد عنه فاقداً للرضا على حد تعبيرهم إذا وقع الشرط في عقد من عقود المعاوضات المالية (١) .

اما إذا اقترنت هذه الشروط في غيرها من المعاوضات كالوقف والعارية والهبة والزواج ونحو ذلك فيصح العقد ويفسد الشرط .

والشرط الباطل ، فهو الذي لم يوجد فيه شيء مما يجب ان يكون في الشروط الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لاحد ، ذلك كما لو باع المالك داره واشترط على المشتري ان لا يسكنها أحد مدة معينة من الزمن ، او باع سيارته واشترط ان لا يستعملها أسبوعاً او شهراً مثلاً ، وحكم هذا النوع من الشروط انه لغو باطل والعقد صحيح يجب الوفاء به ، سواء كان من عقود المعاوضات ، أم من العقود الاخرى ، كالهبة والكفالة والزواج وغير ذلك من أنواع العقود والمعاوضات .

ويبدو ان الحنابلة لا يتشددون في الشروط كالاحناف والظاهرية ، ولذا نجد ان كثيراً من الشروط التي نص الاحناف على فسادها او بطلانها ، نص الحنابلة على صحتها ، ومن ذلك ما لو اشترط المشتري صفة معينة في المبيع ، او اشترط بائع السيارة ان يستخدمها شهراً او أكثر ، او اشترطت الزوجة على الزوج ان لا يتزوج عليها ، او يسكنها في بلد معين ونحو ذلك هذه الشروط وأمثالها ، شروط صحيحة يجب الوفاء بها على من التزمها ؛ سواء وقعت في عقود المعاوضات ام في غيرها من العقود ، وبكلمة واحدة ، ان الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه احد المتعاقدين إلا في حالتين:

---

١ ـ قد علل بعضهم بطلان العقود المقترنة بهذا النوع من الشروط ، بان المعاوضة المقترنة بالشرط تنحل الى بيع وشرط ، وقد نهي النبي (ص) عن بيع وشرط كما جاء في بعض الروايات عنه . ومقتضى ذلك بطلان جميع العقود المقترنة بالشروط مهما كان نوعها ، لان كل عقد مشروط ينحل الى بيع وشرط فيشمله النهي المزعوم .

الاولى : ان يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد والغرض منه ، كما لو باع شخص داره واشترط ان لا يبيعها مطلقاً ، او باعها على شرط ان لا يقفها ، او بشرط ان يسكن فيها ولا يؤجرها للغير ، هذا النوع من الشروط وان كان فاسداً ، إلا انه لا يفسد العقد .

الحالة الثانية : ان يكون الشرط مخالفاً لحكم الله ورسوله ، كما لو اقتضى الشرط ان يجمع المتعاقدان صفقتين في عقد واحد ، كما لو أقرض شخص مبلغاً من المال على شرط ان يشتري به شيئاً ، او يدفع التاجر مبلغاً من المال لشخص على شرط لا يبيع انتاجه لغيره ونحو ذلك وهـذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد ، لأن النبي (ص) نهى عن بيع صفقتين في صفقة واحدة ، بالإضافة إلى ان هذه المعاوضة تؤدي في الغالب إلى نزاع بين المتعاقدين في العقد الثاني الذي اعتبره العاقد شرطاً للعقد الأول ، على ان بعض هذه الشروط إذا وقعت في عقد القرض ، تؤدي إلى الربا الذي نهى عنه الشارع ، كما ينص على ذلك قوله (ع) : كل قرض جر نفعاً فهو حرام .

ومع ان ابن تيمية من فقهاء الحنابلة يبدو وكأنه أوسع صدراً فيما يتعلق بالشروط من شيوخه الحنابلة ، ويقترب من الجعفريين في هذه المسألة ، حيث انه يصحح كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله ولا يتعارض مع مقصود المتعاقدين ، واستدل على ذلك بقول الرسول (ص) : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً او حرم حلالاً ، وبقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » وأضاف إلى ذلك : ان الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص او قياس، ومع الشك في بطلان الشرط وعدمه يتعين الرجوع إلى اصالة عدم التحريم .

على ان ما يلتزمه الانسان راضياً مختاراً قد تضافرت الملل والنحل على الوفاء به ، ودل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية .

ومن ذلك تبين انه لا يستثنى من الشروط إلا ما خالف حكم الله ورسوله ، والمقصود من العقد ، ومن أمثلة الأول : ما لو اشترط بائع الجارية ان يكون نسب ما تولد منها لغير زوجها ، وان يكون ولاءها لغير من اعتقها ، لأن الله يقول : ادعوهم لآبائهم ، والرسول (ص) يقول : الولاء لمن اعتق .

ومثل الثاني : بما لو باع شخص داره واشترط على المشتري ان لا ينتفع بها بأي نحو من أنحاء الإنتفاعات ، لأن مرجع هذا الشرط إلى الجمع بين المتنافيين ، وفي غير هاتين الصورتين تصح جميع الشروط والعقـــود ، سواء أكان ذلك في عقود المعاوضات أم في غيرها من العقود مهما كان نوع الشرط (١) .

*
* *

١ ـ انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الفقه الاسلامي ص ٤٢١ و ٤٢٤ وما بعدها و ٤٢٧ وبداية المجتهد لابن رشد ، والفقه على المذاهب الاربعـــة الجـزء ٢/ ص ٢٣٠ قسم المعاملات .

الشرط الفاسد وأثره على العقد

٥٠

لقد نص الفقهاء على ان الشرط الفاسد لا تشمله ادلة وجوب الوفاء بالعقود ، ولا الأدلة العامة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط ، ان الشرط المؤدي إلى الجهالة في العقد ، كما لو اشترط المشتري تأجيل الثمن ولم يعين له أمداً ، وكما لو لم يعين الأجل في بيع السلم ونحو ذلك من الشروط المشتملة على الجهالة او كان الشرط مستلزماً للمحال على حد تعبير الفقهاء ، كما لو باعه الدار او العقار واشترط عليه ان يبيعه له ، لأن هذا الشرط يؤدي بالنتيجة إلى عدم المعاوضة من حيث ان ملكية المشتري للمبيع تتوقف على حصول الشرط ، وتنفيذ الشرط من قبل المشتري يتوقف على كونه مالكاً للمبيع ، وكذلك لو كان الشرط مخالفاً للمشروع ، كما لو باعه الدار واشترط عليه ان تكون محلاً للدعارة ، او باعه العنب واشترط عليه ان يصنعه خمراً فقد نص الفقهاء على ان هذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد .

اما إذا لم يستلزم الشرط خللاً في العقد ، بأن كان فساده لمخالفته لمقتضى العقد او الكتاب والسنة ، او لكونه لغواً بنظر العرف والعقلاء وغير ذلك من الشروط الفاسدة ، فالفقهاء بين من يرى ان الشرط الفاسد مفسد للعقد ، وبين من يرى ان هذا النوع من الشروط لا يلزم من فساده بطلان العقد ، ولعل هذا الرأي اكثر انصاراً وأوسع شهرة من الاول ، لأن الالتزام بالشرط مستقل عن

الالتزام بالمعاوضة ولولا الشرط لم يكن الالتزام الثاني ، فإذا باع المالك داره واشترط عليه المشتري ان تكون مبنية بالإسمنت المسلح مثلاً ووافق البائع على هذا الشرط ، فقد التزم على نفسه أمراً لا تدل عليه المعاوضة لولا هذا الالتزام ، فيكون تقييد المبيع بكونه مبنياً بالإسمنت قد نشأ من ناحية الشرط ، وإذا بطل الالتزام الثاني لأحد الاسباب الموجبة لبطلانه يبقى الالتزام بالمعاوضة ولا يكون العقد فاقداً للتراضي كما يدعي القائلون بالملازمة ، ذلك لأن التراضي الذي لا بد منه في العقود ، هو ان لا يصدر العقد من المتعاقدين عن جبر واكراه ، والغاء الشرط من حيث كونه فاسداً لا يوجب شيئاً من ذلك ، نعم لا يكون المشروط له طيب النفس بهذه المعاملة ، والرضا بمعنى طيب النفس ليس شرطاً في صحة المعاوضة كما ذكرنا في مسألة الاكراه على العقد (١) .

ولا يبعد ثبوت الخيار للمشتري فيما لو كان جاهلاً بفساد الشرط ، لأنه قد أقدم على المبيع باعتبار انه جامع للصفة التي اشترطها على البائع ، فالزامه بالمعاوضة والحالة هذه اضرار عليه ، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار رفع اللزوم المسبب لضرر المشتري ، وإذا ارتفع اللزوم يصبح أمر العقد بيد المشتري كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء (٢) .

والظاهر ان الشرط الفاسد مفسد للعقد عند فقهاء المذاهب الاربعة كما يبدو ذلك من الجاميع الفقهية على المذاهب الاربعة (٣) .

---

١ ـ هذا بالاضافة الى بعض النصوص المؤيدة لذلك ، فقد روى المشايخ الثلاثة محمد بن يعقوب الكليني ، ومحمد بن الحسن الطوسي ، ومحمد بن بابويه المعروف بالصدوق : ان بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة واعتقتها ، وقد اشترط مواليها الذين باعوها ان ولاءها لهم ، ولما بلغ رسول الله (ص) قال : ان شائت اقامت مع زوجها وان شائت فارقته ، والولاء لمن اعتق، فاقر العقد ونص على بطلان الشرط .

٢ ـ انظر المكاسب للشيخ مرتضى ومنية الطالب للخونساري مبحث الشروط الفاسدة .

٣ ـ انظر الفقه على المذاهب الاربعة قسم المعاملات وبداية المجتهد لابن رشد ص ١٦٠ من الجزء الثاني ونقل عن مالك أن بعض الشروط الفاسدة لا تفسد العقد .

ومن الفروع المترتبة على القول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، أن المتعاقدين لو أسقطا الشرط المفسد للعقد ، فلا يكفي ذلك لتصحيحه وإعادة الحياة اليه بعد ان وجد فاسداً ، كما يرى ذلك اكثر الفقهاء من شيعيين وسنيين ، لأن اللازم من فساده بقاء كل من العوضين على ملك مالكه ، واعراضهما عن الشرط بعد أن سرى فساده إلى العقد لا يعيد العقد إلى حالته الطبيعية المؤثرة في المبادلة بين المالين .

نعم لو كان فساد العقد من حيث ان المتعاقدين قد أقدما على العقد ورضيا به مع الشرط ، فاذا تبين فساد الشرط يصبح العقد فاقداً للرضا الذي لابد منه لتصحيح العقد ، لو كان الفساد من هذه الناحية لا يبعد أن يكون تنازلهما عن الشرط راجعاً إلى الرضا بالعقد والالتزام به بدون الشرط ، وهذا المقدار من التراضي يكفي لتصحيح العقود ، كما ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشيعة والمالكية (١) .

ولعل الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد هو الشائع بين فقهاء الإمامية ، ولذا فان أكثرهم يذهب إلى صحة العقد الواقع عن اكراه إذا رضي المكره بالمعاملة ولو بعد مضي مدة من الزمن .

---

١ ـ انظر منية الطالب ص ١٤٩ والمكاسب مبحث احكام الشرط الفاسد ، وبداية المجتهد لابن رشد ص ١٦١ .

من أحكام الخيار

٥١

لقد تعرض الفقهاء لبعض الأحكام والآثار المترتبة على الخيار وتوسعوا في البحث عنها وتتلخص بالأمور التالية :

الأول : ان الخيار ينتقل إلى الوارث كما تنتقل إليه سائر أمواله ومتروكاته فيما لو مات من له الخيار قبل ان يستعمل حقه في الفسخ او الإمضاء كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية .

قال الشيخ مرتضى الانصاري في المكاسب : الخيار موروث بجميع أقسامه وأنواعه بلا خلاف بين الاصحاب كما في الرياض والحدائق والتذكرة للعلامة الحلي وغيرها .

ومجمل القول في ذلك ان الملكية عبارة عن اضافة بين المالك والمملوك من أي سبب كانت ، ولهذه الإضافة مرتبتان مرتبة قوية ومرتبة ضعيفة ، فالضعيفة كالإضافة الحاصلة بين المرتهن والعين المرهونة وبين من له الخيار ومتعلق الخيار ومن هذا النوع الإضافة الحاصلة بين المالك والاشياء التي لا مالية لها كحبة الحنطة وبعض الاعيان التي ألغى الشارع ماليتها ونحو ذلك والمرتبة القوية هي عبارة عن ملكية الاعيان او المنافع سواء كانت ماليتها واقعية او اعتبارية ، والملكية

بقسميها كما تكون بواسطة المبادلة بين الاموال بالطرق المتعارفة بين الناس في مقام المعاوضات ، تكون ايضاً بواسطة تبدل المالك كما في الارث فإن ملكية الوارث لمتروكات مورثه مصدرها موت الوارث لا غير .

ثم ان انتقال الخيار بالأرث يتوقف على أن يكون من الحقوق التي تقبل الانتقال إلى الغير ، فلو كان حكماً كالاجازة في عقد الفضولي وجواز الرجوع في الهبة ونحو ذلك ، أو كان من الحقوق التي تقوم بأصحابها كحق الحضانه والمضاجعة وحق القسم بين الزوجات ونحو ذلك ، لا ينتقل إلى الوراث ، ويبدو من النصوص الفقهية ان انتقال الخيار إلى الوارث لا يتوقف على أن يكون وارثاً فعلياً لأموال مورثه ، كما لو كانت الديون التي على المورث تقابل جميع متروكاته ومع ذلك ينتقل حقه في الخيار إلى وارثه كما لو باع شيئاً وقبل أن يستعمل حقه في الخيار توفاه الله ، ولو فسخ الوارث عقد مورونه في هذه الحالة ورجع كل من العوضين إلى مالكه الاول لا يملك الوارث أن يتصرف في المبيع ما دامت الديون محيطة بجميع متروكات المورث .

ولو كان الوارث ممنوعاً من الارث لأنه لا يؤمن بدين مورثه ، أو لانه قاتل له ، فلا ينتقل اليه الخيار الذي كان لمورثه ، ذلك لأن الأدلة التي تنص على حرمانه من الميراث يستفاد منها انه في هاتين الحالتين بمنزلة البعيد عن الميت الذي لا يرتبط معه بسبب أو نسب والظاهر انه لا خلاف بين الفقهاء في ذلك، والخلاف بينهم يكاد ينحصر في ارث الزوجة للخيار فيما لو باع الزوج بعض العقارات أو اشترى وتوفي قبل أن يستعمل حقه في الفسخ او الامضاء بناء على انها لا ترث في العقارات ، وقد رجح جماعة عدم ارثها للخيار سواء كان الزوج بائعاً أو مشترياً ، ذلك لأن الخيار سلطنة على حل العقد واسترجاع العوض ، وليس للزوجة حق في العقار الذي باعه زوجها لأنها لا ترث منه كما المفروض .

واختار بعض الفقهاء ومنهم الشيخ النجفي في الجواهر عدم الفرق بينها وبين

غيرها من الوراث ، لأن الخيار ليس من توابع ملكية المتعاقدين للعوضين، وإنما يثبت لهما بالجعل الشرعي او باشتراطه من أحدهما ، وبذلك يصبح ملكاً للعاقد ، ولازم ذلك انتقاله إلى جميع الوراث عملاً بالنصوص القاضية بانتقال ما تركه الميت من حق فهو لوراثه .

ومهما كان الحال فمصدر الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى ان اعطاء المتعاقدين او أحدهما السلطنة على حل العقد ، هل هو لاسترجاع العوضين إلى مالكيهما من حيث ان صلة كل منهما لم تنقطع عن ماله ما دام الخيار،او لأن هذا الحق قائم بذاته من غير نظر العاقدين من حيث كونهما مالكين ؟ فمن اعتبره قائماً بذاته لزمه ان يذهب إلى انها ترثه الزوجة كما ترث غيره من متروكات زوجها ، ومن بنى على انه من توابع ملكية العوضين ، وأن الشارع لم يجعل الخيار في موارده المختلفة إلا ليتمكن المالك من استرجاع ملكه ، فمن بنى على ذلك لزمــــه ان يذهب إلى عدم انتقال الخيار اليها فيما لو عقد المالك على العقار وتوفي قبل انتهاء مـدة الخيار لأنها لا تملك من العقارات فلا يشملها دليل الارث بالنسبة لهذه المسألة .

ونظراً لأن حق الخيار لا يقبل التجزئة كالاعيان الخارجية، فقد اختار الشيخ مرتضى الانصاري في مكاسبه وجماعة من الفقهاء انه لو تعدد الوارث ينتقل الخيار بمجموعه إلى مجموع الوراث بنحو يكون مشتركاً بينهم ، لان أدلة الميراث مفادها ان مجموع ما يتركه الميت ينتقل إلى وراثه من غير نظر إلى كيفية ثبوته لهم .

ولكن لما كان التوزيع والتقسيم في الاعيان الخارجية ممكناً ، تعين اختصاص كل واحد من الوراث بحصة شائعة مما تركه المورث، وفيما لا يقبل التجزئة كحق الخيار مثـــلًا يثبت لمجموع الوراث على نحو لا يصح لاحدهم أن يتفرد بالفسخ لا بالكل ولا في البعض إلا إذا رضي الباقون بذلك ، وحينئذ إذا اتفق الوراث على الفسخ ، فإن كان الثمن موجوداً بعينــه بين أموال مورثهم وجب ارجـاعه إلى مالكه ، وان لم يكن موجوداً وجب عليهم أن يدفعوا عوضه من مال مورثهم حتى ولو كانت الديون التي في ذمته بمقدار متروكاته ، لان علقة المالك للثمن لم

تنقطع عنه بعد أن كان العقد خيارياً ، ولذا فإن الممنوع من التصرف بأمواله من جهة الديون المستحقة عليه ، لا يمتنع عليه أن يستعمل حقه في الخيار الثابت له إذا كان سابقاً على التحجير ، وحق الغرماء لا يقوى على مزاحمة حق المالك الاول للثمن لكونه أسبق من حقهم .

ومن الآثار المترتبة على الخيار كما نص جماعة من الفقهاء ، ان من ليس له الخيار ليس له أن يتصرف في المبيع تصرفاً يمنع من استرجاعه كالبيع والهبة ونحوهما من التصرفات الناقلة ، لان المقصود الاصلي لصاحب الخيار هو فسخ العقد واسترجاع ملكه ، والتصرفات المملكة تحول بين صاحب الخيار وبين التوصل الى الغاية التي من أجلها شرع الخيار .

وفي مقابل هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ يوسف البحراني في الحدائق ، في مقابل ذلك ذهب فريق من الفقهاء الى ان العقد بعد أن كان سبباً لإنتقال كل من العوضين الى البائع والمشتري ، يجوز لمن ليس له الخيار أن يتصرف في العوض الذي انتقل بكل انواع التصرفات ، ذلك لان دليل الخيار لا يستفاد منه أكثر من ان صاحب الخيار مسلط على حل العقد واسترجاع ماله ، وتصرفات من ليس له الخيار لا تحول بينه وبين تحقيق هذه الغاية ، لانه لو فسخ العقد وكانت العين موجودة استرجعها بنفسها ، وان لم تكن يرجع على البائع بمثلها أو قيمتها ، هذا كله بناءً على ان الخيار لا يمنع من تملك المشتري للمبيع والبائع للثمن ، أما بناءً على ان العقد لا يؤثر في التمليك ما دام الخيار موجوداً كما ذهب الى ذلك الشيخ الطوسي وبعض الفقهاء ، فليس للطرف الثاني ان يتصرف في العوض الذي انتقل اليه بأي نحو من أنحاء التصرفات المتلفة أو الناقلة لبقاء كل من العوضين على ملك مالكه الاول وقد أطال الفقهاء البحث في هذه المواضيع واستعرضوا جميع الفروض التي يمكن أن تفرض في هذه المسألة ، وقد اقتصرنا على أشهر الآراء فيها وألصقها بقواعد الفقه وأصوله (١) .

---

١ ــ انظر المكاسب للانصاري مبحث احكام الخيارات، والجواهر للنجفي كتاب المتاجر، وجامع المقاصد للمحقق الكركي وغير ذلك من مجاميع الفقه الشيعي .

التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له

٥٢

هذه القاعدة في الفقه الجعفري من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء إلى حد أصبحت مرجعاً لمعرفة احكام الجزئيات في الموارد المختلفة وقد وضع أصولها الائمة كما جاء في بعض المرويات عنهم ، ومنها صاغ الفقهاء هذه القاعدة بشكلها الموجود في مجاميع الفقه الشيعي .

ومجمل الحديث عنها أن الفقهاء قد اتفقوا على القاعدة المذكورة بالنسبة إلى خيار الحيوان والشرط ، وفيما عداهما من الخيارات لو تلف المبيع بعد قبضه لا يكون مضموناً على البائع حتى ولو كان التلف في زمن خيار المشتري كما هو المشهور بين الفقهاء .

قال في منية الطالب : وقد صرحوا بأنه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع وان مات بعد العلم بالعيب ، وأضاف إلى ذلك : ان المحقق الثاني صرح بأن كون الضمان على البائع في الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في الخيار المخصوص بالمشتري .

وفي مقابل ذلك رجح جماعة من الفقهاء ان هذه القاعدة تجري في جميع الخيارات الثابتة للمشتري .

وقال ابن ادريس الحلي في السرائر : فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار ، لانه قد استقر عليه العقد ، والذي له الخيار لم يستقر عليه العقد » .

ويبدو من هذا التعليل ان العلة في كون الضمان على من ليس له خيـار ، هي لزوم العقد من جهته وعدم لزومه على صاحب الخيار ، وهـذا التعليل يطرد في جميع الخيارات سواء كانت في المبيع أو في الثمن ، كما رجح ذلك جماعة غيره .

قال الشيخ الانصاري في مكاسبه : ومن هنا يعلم انه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار من غير فرق بين اقسام الخيـار ولا بين الثمن والمثمن ، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب .

وأضاف الى ذلك الشيخ الانصاري ان التعليل الذي اعتمده أنصار التعميم لا تؤيده النصوص التي تعرضت لحكم التلف في زمن الخيار (١) ذلك لأن موردها الخيارات الثابتة للمشتري كخياري الحيوان والشرط وخيار المجلس بالنسبة الى المشتري لا غير ، ومع ذلك فهي توحي بأن تضمين البائع للمبيع التالف في زمـن الخيار من حيث عدم لزوم العقد على المشتري من حين صدوره ، وهذا لا يكون إلا بالنسبة للخيارات المقارنة لوجود العقد ، أما الخيارات الباقية فأنما تحدث من حين أسبابها كما ذكرنا سابقاً فان العقد يوجد لازمـاً من حين صدوره ويطرأ عليه الخيار عند حصول أسبابه .

ولأجل ذلك وقف أكثر الفقهاء عند الخيارات الثلاثة المقارنة لوجود العقد ،

---

١ ـ فقد جاء في مروية عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) : الرجـل يشتري العبد بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة ، على من ضمان ذلك ، فقال (ع) على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البائع او لم يشترط وان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع .

ولم يتعدوا عنها إلى بقية الخيارات ، ويؤيد ذلك ما جاء في المكاسب .

قال : والانصاف انه لم يعلم من حال أحد من معتبري الاصحاب الجزم بهذا التعميم فضلاً عن اتفاقهم عليه ، فإن ظاهر قولهم : التلف في زمن الخيار هو الخيار الزماني ، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك عليه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب وغير ذلك .

ومهما كان الحال . فقاعدة التلف في زمن لم ترد بنصها الحرفي الموجود في كتب الفقهاء في الكتاب والسنة ، والموجود في النصوص المروية عن الرسول (ص)(١) ثبوت الضمان على البائع لو مات المبيع أو حدث فيه حدث خلال الايام الثلاثة التي يسوغ فيها للمشتري رد المبيع إذا كان حيواناً ، وقبل انقضاء المدة التي اشترط فيها المشتري لنفسه الخيار ، كما جاء ذلك في مروية عبدالله بن سنان ، ومروية عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (ع) فمن استفاد من تلك النصوص أن تضمين البائع من حيث لزوم العقد بالنسبة اليه وعدم لزومه على المشتري ، من استفاد منها ذلك تعدى عن موردها إلى جميع الخيارات سواء كان التالف الثمن أو المبيع ، واعتبرها من القواعد العامة السارية في جميع الخيارات ، ومن راعى موارد النصوص ونظر اليها بعين الاعتبار لم يتعدى إلى بقية الخيارات ، لا سيما وأن هذا المبدأ مخالف للقواعد العامة ، لأن مقتضاها تضمين المشتري بعد أن ملك المبيع بالعقد واستلمه من البائع .

وقد نص جماعة من مشاهير الفقهاء ومنهم الشيخ الانصاري : بأن التلف الحادث في زمن الخيار ، من جملة الحوادث التي توجب انفساخ العقد وارجاع كل من العوضين إلى ملك مالكه ، فيكون الحكم بتضمين البائع من حيث انه تلف في ملكه ، قال الشيخ مرتضى الانصاري : ان تضمين من ليس له الخيار لا

١ ـ فلقد جاء عنه (ص) بالنسبة الى العبد اذا مات في زمن الخيار : ان المشتري يستحلف بالله انه ما رضيه ، ثم هو بريء من الضمان .

يكون إلا بتقدير انفساخ العقد قبل التلف ، ولو بزمان يسير فيرجع المبيع الى مالكه ويتلف من ماله .

وفي مقابل هذا الرأي . نص جماعة من الفقهاء على أن التلف ليس من الاسباب الموجبة لإبطال العقد بعد أن انعقد صحيحاً مملكاً ، فلا بد وأن يكون تضمين البائع للمبيع التالف من جهة النصوص التي صرحت بذلك ، ولولاها لكان من من المتعين تضمين المشتري لأنه قد ملكه بالعقد وأصبح مضموناً عليه بالقبض ، كما تنص على ذلك رواية عقبة بن خالد عن الامام (ع) وقد جاء فيها : ان المتاع يبقى مضموناً على البائع إلى أن يخرجه من بيته ، فإذا أخرجه منه يكون مضموناً على المشتري .

على انه لو قلنا بأن تضمين من ليس له الخيار من حيث أن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بزمان يسير ويرجع المبيع الى ملك البائع والثمن الى ملك المشتري ، لو قلنا بذلك يلزم سقوط خيار المشتري بمجرد التلف ، لأنه أي التلف يكشف عن انفساخ العقد قبله على حد زعمهم ، ولا أظن ان انصار هذا القول يلتزمون بذلك (١) .

ثم انه بناء على هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء لا محل للبحث عن نوعية الضمان الثابت على البائع ، وانه الضمان المعاوضي الذي هو عبارة عن الثمن الذي اتفقا عليه ، أو الضمان الواقعي ، ذلك لان التلف إذا كان مقتضياً لانفساخ العقد ورجوع المبيع الى ملك البائع والثمن الى المشتري ولو قبل التلف بجزء من الزمن ، كما يدعي انصار هذا الرأي ، يتعين أن يكون المراد من الضمان الثابت على البائع هو انه الخسران عليه وحده لانه تلف وهو في ملكه ، وتسمية هذا النوع من الخسران بالضمان لا يخلو من التسامح والتجوز في استعمال لفظ الضمان في المقام .

---

١ ـ انظر منية الطالب ص ١٧٦ .

نعم بناء على الرأي الثاني الذي اختاره جماعة من الفقهاء من أن العقد لا يتزعزع بالتلف ، ولولا النص الشرعي لم يكن البائع مسؤولاً عن المبيع بعد أن أخرجه عن ملكه بالعقد وملكه المشتري واستولى عليه ، بناء على ذلك لا يكون الحديث عن نوعية الضمان مستغرباً ، إذ كما يمكن أن يكون مضموناً على البائع ببدله الواقعي الذي هو عبارة عن المثل أو القيمة ، باعتبار أنه قد تلف في ملك المشتري ، يمكن أيضاً أن يكون مضموناً عليه بالبدل الذي اتفقا عليه حين انشاء العقد ، والذي يسوغ الاحتمال الاول ، أي الضمان بأحد الامرين من المثل والقيمة ، هو عدم الفسخ من قبل المشتري للعقد ، حيث انه إذا اختار بقاء العقد يبقى الثمن على ملك البائع في حال كون المبيع مضموناً عليه ، فيمكن في مثل ذلك أن يكون مضموناً بالمثل أو القيمة بعد وجود النص على ثبوت الضمان .

أما لو فسخ المشتري العقد فلا يبقى مجال لإحتمال المثل أو القيمة والحالة هذه، لانه بالفسخ يسترد الثمن إلى ملكه ، ويرد المبيع بعينه لو كان موجودا إلى البائع .

ومهما كان الحال فالضمان بالمثل أو القيمة في المقام لا ينسجم مع المبادىء الفقهية العامة ولا مع العرف الفقهي ، لا سيما وأن المتعاقدين قد اتفقا على الثمن في عقد صحيح توافرت فيه جميع الاركان والشروط ، هذا بالاضافة إلى أن النصوص التي تعرضت لحكم تلف المبيع في هذه المسألة تشير إلى عدم استقرار ملكية المشتري للمبيع ما دام الخيار موجوداً ، ولازم ذلك عدم استقرار ملكية البائع الثمن (١) .

---

١ ــ فقد جاء في مردية عبدالله بن سنان : ان الضمان على البائع حتى ينقضي شرطه ويصير المبيع ملكا للمشتري ، ومعنى ذلك ان الضمان الذي كان ثابتا عليه يستمر حتى ينقضي الخيار ، ومعلوم ان الضمان الذي كان ثابتا على البائع هو الضمان بالبدل الذي اتفقا عليه .

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الاربعة ان هذه القاعدة ليست من القواعد المتفق عليها بينهم .

فقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد عن المالكية والاوزاعي والليث بن سعد : ان المبيع في زمن الخيار مضمون على البائع ، لان المشتري لا يخرج عن كونه أميناً على المبيع ، والأمين لا يضمن ما يتلف في يده .

ونسب إلى المالكية قولاً آخر ، وهو ان المبيع إذا تلف في يد البائع كان مضموناً عليه ، وإذا تلف في يد المشتري ، فهو كالرهن والعارية ، فإن تهاون في حفظه يستقر الضمان عليه ، وإلا فالضمان على البائع .

والمشهور بين فقهاء الشافعية ان المبيع التالف بعد القبض يتلف من مال المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

وقال الاحناف : ان المبيع إذا تلف في يد المشتري ، فإن كان الخيار للبائع ينفسخ العقد ، وعلي المشتري ضمان المبيع بمثله أو قيمته ، لان العقد لم يعد صالحاً للاجازة بعد ذهاب محلها ، وان كان الخيار للمشتري يسقط الخيار ويملك البائع الثمن ، لان المبيع قد خرج عن ملكه إلى ملك المشتري والمتحصل من ذلك ان المبيع لو تلف في زمن الخيار يتلف من مال المشتري وكل ما في الامر ان الخيار لو كان للبائع ، يكون المبيع مضموناً على المشتري بمثله أو قيمته ، وان كان للمشتري يسقط الخيار ، وتستقر ملكية البائع للثمن الذي وقع العقد عليه (١) .

وبعد فاني بعد أن وصلت إلى هذه المرحلة من البحث عن العقود ومتعلقاتها رأيت من المصلحة أن أقف عند هذا الحد ، لان نطاق هذا الكتاب يضيق عن

---

١ ـ انظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ٢٠٨ و ٢٠٩ ، والمدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٧٢ .

عرض جميع المسائل والنظريات التي يختص بها كل عقد بمفرده . وقد عرضت في هذا الكتاب أصول النظريات والمسائل المهمة من عقد البيع وغيره واتجهت في الغالب باعتباره من أكثر العقود تداولاً وانتشاراً بين الناس، ولانه يشترك مع بقية العقود في أكثر الاركان والشروط ، ويلتقي معها في مخطط واحد ، وقلما توجد نظرية من النظريات التي عرضناها لا تتصل بالعقود الباقية كالإجارة والصلح والهبة وغير ذلك .

على اني لم أستوعب جميع المسائل التي دونها الفقهاء في مجاميعهم حول عقد البيع ، ولم أستقصي في الغالب جميع النقوض والخلافات حتى في المسائل التي عرضت رأي الجعفريين فيها ، لم أصنع ذلك خوفاً من التطويل الممل ، ولاني أحسب ان الذي عرضته من تلك النظريات والمباحث يلقي الضوء الوهاج على بقية المسائل ، وينقل القارىء إليها وإلى أحكامها بدون تعب واستقصاء .

وأسأله سبحانه أن يوفقني لإخراج حلقة ثانية تستوعب جميع العقود والحقوق والإلتزامات ومنه سبحانه أستمد العون والتوفيق .

مصادر الكتاب

القرآن الكريم

المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري

الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي

الرياض للسيد محمد بحر العلوم

بلغة الفقيه للسيد بحر العلوم

نهج الفقاهة للمرجع الأعلى للطائفة الشيعية السيد محسن الحكيم

كتاب الاجارة من المستمسك له ايضاً

الحدائق للشيخ يوسف البحراني

العروة الوثقى للسيد كاظم اليزدي

حاشية المكاسب للسيد اليزدي

وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني

البيع للشيخ هادي الطهراني

منية الطالب للشيخ موسى الخونساري

حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الاصفهاني

مسالك الافهام للشهيد الثاني
حاشية المرزا محمد تقي على المعالم في أصول الفقه الجعفري
الفروق لشهاب الدين القرافي
تهذيب الفروق للشيخ محمد ابن الشيخ حسين مفتي المالكية
بداية المجتهد لابن رشد القرطبي
الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي
الفقه على المذاهب الاربعة قسم المعاملات لعبد الرحمن الجزيري
أعلام الموقعين لابن القيم الجوزيه
الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا
الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى
الاصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الحكيم
منار السبيل للشيخ يوسف مرعي الحنبلي
مصادر الحق في الشريعة الاسلامية للدكتور السنهوري
الوسيط للسنهوري
نظرية الالتزامات للسنهوري
نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس
النظرية العامة للالتزامات للدكتور أنور سلطان
الموجز في شرح القانون المدني للدكتور عبد المجيد الحكيم
المبادىء العامة في الفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسني
تاريخ الفقه الجعفري » » » »
الامام الصادق لأبي زهرة
تاريخ التشريع الاسلامي للخضري

غاية المنتهى في الفقه الحنبلي
أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف
أحكام القرآن للجصاص

فهرست

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الاول

صفحة

صفحة

الفصل الثاني

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

في محل العقد

صفحة

الفصل الرابع

صفحة

صفحة

الفصل الخامس

صفحة

تنبيـــــه

ان الارقام المتسلسلة تحت مواضيـع الكتاب تنتهي بالرقم الثامن وقد ألحقها الناشر سهواً .

صدر للمؤلف

★ عقيدة الشيعة الامامية

★ تاريخ الفقه الجعفري

★ المبادىء العامة للفقه الجعفري

★ الشيعة بين الاشاعرة والمعتزلة

★ نظرية العقد في الفقه الجعفري

تحت الطبع

★ دراسات حول صحيح البخاري والكافي للكليني

مطابع دار الغد

نظرية العقد في الفقه الجعفري

يعرض هذا الكتاب آراء الجعفريين وغيرهم من مدنيين وشرعيين في بعض المباحث التي تتصل بالعقود وترتبط بها ويبحث عن المبادىء العامة للعقود وعن عقد البيع وأركانه وشروطه وموارد انحلاله وأنواع الخيارات والشروط وما يتبع ذلك من المباحث التي تتصل بهذه المواضيع ويقارن في أكثر محتوياته بين آراء الجعفريين وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين متحرياً التوضيح والإختصار ومعتمداً على أوثق المصادر الشرعية وغيرها .



الثمن سبع ليرات لبنانية ونصف أو ما يعادلها